

Jochen Plaßmann

Darstellung und Kritik  
der Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörde  
in der Elektrizitätswirtschaft

-Das Verhältnis von Kartellaufsicht  
und Fachaufsicht-

1970

1969





Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41555428\\_0027](https://archive.org/details/IA41555428_0027)



Darstellung und Kritik der Eingriffsmöglichkeiten  
der Kartellbehörde in der Elektrizitätswirtschaft

- Das Verhältnis von Kartellaufsicht und Fachaufsicht -

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung  
des akademischen Grades eines Doktors der Rechte  
durch die Juristische Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von  
Referendar  
Jochen Plaßmann  
aus  
Berlin-Steglitz  
1969



1. Berichterstatter: Professor Dr. Dr. R. Lukes
  2. Berichterstatter: Professor Dr. H.K. Schneider
- Dekan:                      Professor Dr. W. Stree

Tag der mündlichen Prüfung: 7. November 1969

## G l i e d e r u n g

|                                                                                                       | <u>Seite</u> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| Literaturverzeichnis                                                                                  | VI           |
| Abkürzungsverzeichnis                                                                                 | XXI          |
| Einleitung                                                                                            |              |
| I. Die mit der zweifachen Aufsicht verbundenen Probleme                                               | 1            |
| a) Der Bereich der Aufsicht über die Elektrizitätswirtschaft nach dem GWB                             | 1            |
| b) Die Aufsichtsbefugnisse nach dem EnWG und dem Preisrecht                                           | 2            |
| c) Die Überschneidungsmöglichkeiten der gesetzlichen Regelungen                                       | 5            |
| 1. Bedenken gegen kompatible Regelungen                                                               | 5            |
| 2. Überschneidungsmöglichkeiten bei nicht kompatiblen Maßnahmen                                       | 7            |
| 21. Der Tatbestand "Preiswettbewerb"                                                                  | 7            |
| 22. Der Tatbestand "Konditionenwettbewerb"                                                            | 9            |
| 23. Der Tatbestand "Substitutionskonkurrenz"                                                          | 10           |
| 24. Der Tatbestand "Marktzutritt"                                                                     | 10           |
| 25. Der Tatbestand "Diskriminierung"                                                                  | 11           |
| II. Die Gesetzesziele als Abgrenzungskriterium für das Verhältnis von Kartellaufsicht zu Fachaufsicht | 12           |
| a) Die Ziele des GWB                                                                                  | 14           |
| 1. Die anerkannten ökonomischen Ziele des GWB                                                         | 14           |
| 2. Der Streit um die gesellschaftspolitischen Ziele des GWB                                           | 15           |
| 3. Analyse des Verhältnisses von ökonomischen und gesellschaftspolitischen Zielen des GWB             | 20           |
| 31. Der notwendige Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Freiheit                                      | 20           |
| 311. Die Freiheit von Pressionen durch den Marktgegner                                                | 20           |
| 312. Die Freiheit zum Marktzutritt                                                                    | 21           |
| 32. Die Freiheit als selbständiges Schutzgut des GWB                                                  | 23           |

|                                                                                                             | <u>Seite</u> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| 321. Formale Abgrenzungsprobleme                                                                            | 23           |
| 322. Die Ermittlung des Schutzgutes<br>durch Auslegung des GWB                                              | 26           |
| 33. Die Form des Freiheitsschutzes                                                                          | 28           |
| b) Die Ziele des EnWG und des Preisrechts                                                                   | 30           |
| 1. Die Ziele des EnWG                                                                                       | 30           |
| 2. Die mit dem Preisrecht verfolgten Ziele                                                                  | 32           |
| c) Der Vergleich der Zielsetzungen                                                                          | 32           |
| <br>III. Das Verhältnis der Gesetze zueinander                                                              | <br>34       |
| a) Das Grundgesetz als Abgrenzungskriterium                                                                 | 34           |
| b) Die kumulative Erfüllung der Voraussetzungen<br>beider Gesetze                                           | 35           |
| c) Das Regel - Ausnahme - Verhältnis als Ab-<br>grenzungskriterium                                          | 36           |
| d) Die praktische Bedeutung der Gesetze unter<br>Berücksichtigung des Regel - Ausnahme - Ver-<br>hältnisses | 39           |
| <br>IV. Die Wettbewerbsverhältnisse in der Elektrizitäts-<br>wirtschaft                                     | <br>41       |
| a) Das wettbewerbspolitische Leitbild als Beur-<br>teilungsmaßstab                                          | 41           |
| 1. Das Modell der vollkommenen Konkurrenz                                                                   | 42           |
| 2. Das Konzept der "workable competition"                                                                   | 46           |
| 3. Der oligopolistische Wettbewerb<br>Kantzenbachs                                                          | 51           |
| 4. Das Konzept der Marktgegenmacht                                                                          | 55           |
| 5. Wettbewerb als dynamischer Prozeß                                                                        | 58           |
| 51. Der Einfluß unterschiedlicher Unter-<br>nehmertypen im Marktprozeß                                      | 58           |
| 52. Die Entwicklungsphasen des Marktes                                                                      | 60           |
| 53. Kritische Stellungnahme                                                                                 | 62           |
| 6. Kriterien für ein Wettbewerbsleitbild                                                                    | 64           |
| 61. Der staatliche Ordnungsrahmen als<br>Vorbedingung                                                       | 65           |
| 62. Die Beachtung sämtlicher Wettbewerbs-<br>formen                                                         | 65           |
| 63. Die Berücksichtigung der Marktphasen<br>und des unternehmerischen Verhaltens                            | 66           |

|                                                                                          | <u>Seite</u> |
|------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| 64. Die Bindung privater Macht                                                           | 67           |
| b) Die Reichweite des Wettbewerbs in der Elektrizitäts-<br>wirtschaft                    | 68           |
| 1. Der Wettbewerb zwischen den EVU als Anbietern                                         | 70           |
| 11. Die Leitungsgebundenheit als Argument<br>gegen Wettbewerb                            | 70           |
| 111. Die Erstellungskosten des Leitungs-<br>netzes                                       | 71           |
| 112. Die Abnehmerstruktur als Argument ge-<br>gen die Wettbewerbsbeschränkungen          | 74           |
| 113. Die Angebotsstruktur als Argument ge-<br>gen die Wettbewerbsbeschränkungen          | 75           |
| 12. Die mangelnde Speicherfähigkeit des Stroms<br>als Argument gegen Wettbewerb          | 78           |
| 121. Die Baukosten für ein Kraftwerk                                                     | 78           |
| 122. Die Abnehmerstruktur als Argument für<br>Wettbewerbsbeschränkungen                  | 82           |
| 2. Der Wettbewerb beim Abschluß von Konzessions-<br>verträgen                            | 84           |
| 3. Die Bedeutung der Eigenanlagen für den Wettbe-<br>werb in der Elektrizitätswirtschaft | 86           |
| 31. Der Einfluß der Eigenanlagen auf die<br>Strompreisbildung                            | 86           |
| 32. Die praktische Bedeutung der Eigenanlagen                                            | 87           |
| 33. Die Verbindung zwischen den Eigenanlagen<br>und dem öffentlichen Netz                | 93           |
| 4. Die Substitutionskonkurrenz                                                           | 94           |
| 41. Die Substitutionsmöglichkeiten in den Teil-<br>bereichen des Stromverbrauchs         | 95           |
| 42. Die praktische Bedeutung der Substitutions-<br>konkurrenz                            | 98           |
| 5. Wettbewerb durch Datenvergleich                                                       | 100          |
| 51. Maßstäbe eines Datenvergleichs                                                       | 101          |
| 52. Die Vergleichbarkeit der EVU                                                         | 102          |
| 521. Die Vergleichbarkeit in der Stromer-<br>zeugung                                     | 102          |
| 522. Die Vergleichbarkeit im Verteilungs-<br>bereich                                     | 103          |
| 53. Die praktische Bedeutung des Vergleichswett-<br>bewerbs                              | 105          |

|                                                                                                 | <u>Seite</u> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| 6. Auswirkungen der Marktphasen auf die Wettbewerbsverhältnisse                                 | 108          |
| 61. Die Entwicklung der Stromerzeugung in der BRD                                               | 109          |
| 62. Rationalisierungsmöglichkeiten und technischer Fortschritt als Kriterien für die Marktphase | 113          |
| 63. Wettbewerbliche Beurteilung der Marktsituation                                              | 115          |
| 7. Zusammenfassung und Schlußfolgerungen                                                        | 116          |
| 71. Die Wirksamkeit des Wettbewerbs                                                             | 116          |
| 72. Die Grenzen der Ordnungsmöglichkeiten durch den Wettbewerb                                  | 118          |
| c) Das amerikanische Regulation-System als Alternative                                          | 121          |
| d) Die Ordnung durch nach dem Regel - Ausnahme - System abgestufte Eingriffe                    | 127          |
| <br>V. Die Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörde in der Elektrizitätswirtschaft             | <br>132      |
| a) Die Eingriffsmöglichkeiten nach § 104 GWB                                                    | 133          |
| 1. Die Beschränkung auf die Tatbestände des § 103 Abs. 1 GWB                                    | 133          |
| 2. Die Eingriffsvoraussetzungen des § 104 GWB                                                   | 133          |
| 3. Die Maßnahmen nach § 104 Abs. 2 GWB                                                          | 135          |
| 4. Die praktische Bedeutung des § 104 GWB in der Elektrizitätswirtschaft                        | 135          |
| 41. Die Frage der Grenzmengenabkommen                                                           | 135          |
| 42. Mißbrauch bei der Vertragsausübung                                                          | 137          |
| b) Die Eingriffsmöglichkeiten nach § 22 GWB                                                     | 139          |
| 1. Das Verhältnis von § 22 GWB zu § 104 in Verbindung mit § 103 Abs. 1 GWB                      | 139          |
| 2. Die Eingriffsvoraussetzungen nach § 22 GWB                                                   | 142          |
| 21. Die Eigenschaft "Unternehmen"                                                               | 143          |
| 22. Die Marktbeherrschung durch die EVU                                                         | 143          |
| 23. Der Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung                                              | 145          |
| c) Die Eingriffsmöglichkeiten nach § 18 GWB                                                     | 146          |
| d) Die Eingriffsmöglichkeiten nach den §§ 1/15 GWB in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB    | 147          |
| e) Die Eingriffsmöglichkeiten nach § 26 Abs. 2 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Ziff. 8 GWB        | 149          |

|                                                                                                                        | <u>Seite</u> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| 1. Der Anwendungsbereich des § 26 Abs. 2 GWB                                                                           | 149          |
| 2. Die Eingriffsvoraussetzungen des § 26 Abs. 2 GWB                                                                    | 150          |
| 21. Die Marktbeherrschung                                                                                              | 150          |
| 22. Die Unternehmenseigenschaft                                                                                        | 150          |
| 23. Der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugängliche Geschäftsverkehr                                           | 150          |
| 231. Die Gleichartigkeit der Unternehmen                                                                               | 150          |
| 232. Der üblicherweise zugängliche Geschäftsverkehr                                                                    | 151          |
| 24. Die unbillige Behinderung oder unterschiedliche Behandlung bei einem Verhalten nach den §§ 5/6 der 5. DVO zum EnWG | 151          |
| 241. Diskriminierung bei der Zusatzversorgung                                                                          | 152          |
| 242. Diskriminierung bei der Reserveversorgung                                                                         | 153          |
| 243. Der Schutz der Allgemeinheit als Argument gegen die Ausweitung der Reserve- und Zusatzversorgung                  | 154          |
| 25. Die diskriminierende Wirkung des § 11 der 5. DVO                                                                   | 155          |
| 26. Das Verhältnis der 5. DVO zu § 26 Abs. 2 GWB                                                                       | 157          |
| <br>VI. Abschließende Überlegungen zur Gestaltung der Elektrizitätsversorgung                                          | <br>160      |
| a) Die Intensivierung des Wettbewerbs bei Weitergeltung des § 103 GWB                                                  | 161          |
| b) Die Intensivierung des Wettbewerbs durch Wegfall des § 103 GWB                                                      | 163          |
| 1. Der Erzeugungsbereich                                                                                               | 163          |
| 2. Der Verteilungsbereich                                                                                              | 163          |
| c) Die Schaffung einer wettbewerbsoptimalen Struktur in der Elektrizitätswirtschaft                                    | 167          |
| 1. Der Erzeugungsbereich                                                                                               | 167          |
| 2. Der Verteilungsbereich                                                                                              | 167          |
| 3. Die Gestaltung des Fortleitungsbereichs                                                                             | 168          |

Literaturverzeichnis

I. Kommentare

(In Klammern die Zitierweise)

- |                                                                                |                                                                                                                                                                                       |
|--------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Energiewirtschaftsgesetz                                                       | Darge-Melchinger-Rumpf<br>Band 1<br>Berlin 1936<br>(Darge-Melchinger-Rumpf)                                                                                                           |
| Energiewirtschaftsrecht                                                        | Eiser, Ernst - Riederer, Johann -<br>Sieder, Frank<br>Loseblattkommentar, Stand 1.11.1961<br>München und Berlin 1961<br>(Eiser-Riederer-Sieder)                                       |
| Energiewirtschafts- und<br>Atomrecht                                           | Fischerhof, Hans<br>in: M. von Brauchitsch, Verwaltungs-<br>gesetze des Bundes und der Länder<br>Band VIII, Wirtschaftsverwaltungs-<br>recht II, Abschnitt IV<br>(Verwaltungsgesetze) |
| Gesetz gegen Wettbewerbsbe-<br>schränkungen und Europä-<br>isches Kartellrecht | herausgegeben von Müller-Henne-<br>berg, Hans und Schwartz, Gustav<br>Köln-Berlin-Bonn-München 1963<br>(Gemeinschaftskommentar)                                                       |
| Kommentar zum Gesetz gegen<br>Wettbewerbsbeschränkungen                        | herausgegeben von Kaufmann, Heinz,<br>Rautmann, Hans-Günther u.a.<br>Loseblattkommentar, Stand Februar<br>1966<br>Köln<br>(Frankfurter Kommentar)                                     |
| Kommentar zum Gesetz gegen<br>Wettbewerbsbeschränkungen<br>(Kartellrecht)      | Müller, Heinz - Gries, Gerhard -<br>Giessler, Peter<br>Loseblattkommentar, Stand Februar<br>1967<br>Frankfurt<br>(Müller/Gries/Giessler)                                              |
| Grundgesetz                                                                    | Kommentar von<br>Maunz, Theodor - Dürig, Günter<br>Loseblattkommentar, Stand März<br>1966<br>München und Berlin<br>(Maunz-Dürig, Kommentar zum Grund-<br>gesetz)                      |

|                                                         |                                                                                                                                                               |
|---------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Kommentar zum Kartellgesetz                             | Langen, Eugen unter Mitwirkung von<br>Böckstiegel, Karl-Heinz<br>4. Aufl., Loseblattkommentar<br>Stand 1. Februar 1967<br>Neuwied und Berlin 1967<br>(Langen) |
| Recht der Elektrizitäts-,<br>Gas- und Wasserversorgung  | Ludwig, Wolfgang - Cordt, Adolf -<br>Stech, Jürgen<br>Loseblattkommentar<br>Frankfurt/Main 1965<br>(Ludwig-Cordt-Stech)                                       |
| Wettbewerbsbeschränkungen,<br>Kartell- und Monopolrecht | Rasch, Harold - Westrick, Klaus<br>3. Aufl.<br>Herne-Berlin 1966<br>(Rasch-Westrick)                                                                          |
| Wettbewerbs- und Waren-<br>zeichenrecht                 | Baumbach, Adolf - Hefermehl,<br>Wolfgang<br>Band 1, Wettbewerbsrecht<br>9. Aufl.<br>München und Berlin 1964<br>(Baumbach-Hefermehl)                           |

## II. Einzelschriften

(Die zitierten Kurztitel wurden jeweils  
unterstrichen oder in Klammern angeführt)

|                  |                                                                                                                                                                                                                                     |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Arndt, Helmut    | <u>Schöpferischer Wettbewerb und<br/>Klassenlose Gesellschaft</u><br>Volkswirtschaftliche Schriften-<br>reihe, Heft 2<br>Berlin 1952                                                                                                |
| Beckmann, Peter  | <u>Die Abgrenzung</u> des relevanten<br>Marktes im Gesetz gegen Wettbe-<br>werbsbeschränkungen<br>Wirtschaftsrecht und Wirtschafts-<br>politik, Band 6<br>Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968                                            |
| Biedenkopf, Kurt | <u>Freiheitliche Ordnung durch<br/>Kartellverbot</u> - Vom Sinn eines Ge-<br>setzes gegen Wettbewerbsbeschrän-<br>kungen<br>in: Biedenkopf-Callmann-Deringer,<br>Aktuelle Grundsatzfragen des Kar-<br>tellrechts<br>Heidelberg 1957 |

- |                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Böhm, Franz                              | Wettbewerb und <u>Monopolkampf</u><br>Berlin 1933                                                                                                                                                                                                                     |
| Böhm, Franz                              | <u>Wirtschaftsordnung</u> und Staats-<br>verfassung<br>Tübingen 1950                                                                                                                                                                                                  |
| Borchardt, Knut<br>Fikentscher, Wolfgang | Wettbewerb, Wettbewerbsbeschrän-<br>kung, Marktbeherrschung,<br>Abhandlungen aus dem gesamten Han-<br>delsrecht; Bürgerlichen Recht und<br>Konkursrecht; Beiheft der Zeit-<br>schrift für das gesamte Handels-<br>recht und Konkursrecht<br>Heft 24<br>Stuttgart 1957 |
| Buderath, Josef                          | <u>Ordnungspolitik</u> in der deutschen<br>Elektrizitätswirtschaft<br>Bad Homburg 1962                                                                                                                                                                                |
| Buderath, Josef                          | <u>Preisdifferenzierung</u> und Preis-<br>diskriminierung in der Elektrizitätswirtschaft<br>München 1965                                                                                                                                                              |
| Eckel, Dieter                            | Das Kartell. - Ein Modell der Ver-<br>haltenskoordination<br>Berlin 1968                                                                                                                                                                                              |
| Eucken, Walter                           | Die Grundlagen der <u>National-<br/>ökonomie</u><br>6. Aufl.<br>Berlin-Göttingen-Heidelberg 1950                                                                                                                                                                      |
| Eucken, Walter                           | Grundsätze der <u>Wirtschaftspolitik</u><br>Bern-Tübingen 1952                                                                                                                                                                                                        |
| Fikentscher, Wolfgang                    | <u>Wettbewerb</u> und gewerblicher Rechts-<br>schutz<br>München und Berlin 1958                                                                                                                                                                                       |
| Forsthoff, Ernst                         | Lehrbuch des <u>Verwaltungsrechts</u><br>Band 1, 9. Aufl.<br>München und Berlin 1966                                                                                                                                                                                  |
| Galbraith, John K.                       | Der <u>amerikanische Kapitalismus</u> im<br>Gleichgewicht der Wirtschafts-<br>kräfte<br>Stuttgart 1956                                                                                                                                                                |
| Galbraith, John K.                       | <u>Gesellschaft im Überfluß</u><br>Zürich-München 1959                                                                                                                                                                                                                |
| Galbraith, John K.                       | Die moderne <u>Industriegesellschaft</u><br>München-Zürich 1968                                                                                                                                                                                                       |

- Gerigk, Wolfgang      Kontrahierungszwang der Energieversorgungsunternehmen gegenüber Sonderabnehmern  
VEnergR 11
- Günther, Eberhard      Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen  
Juristische Studiengesellschaft  
Karlsruhe, Schriftenreihe  
Heft 47
- Gutenberg, Erich      Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre  
1. Band, Die Produktion  
11. Aufl.  
Berlin-Heidelberg-New York 1965  
2. Band, Der Absatz  
9. Aufl.  
Berlin-Heidelberg-New York 1966
- Heuss, Ernst      Allgemeine Markttheorie  
Tübingen 1965
- Hoppmann, Erich      Exportkartelle und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  
in: Eichler-Hoppmann-Schäfer,  
Exportkartelle und Wettbewerb  
Opladen 1964
- Immenga, Ulrich      Wettbewerbsbeschränkungen auf staatlich gelenkten Märkten  
Tübingen 1967
- Kantzenbach, Erhard      Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs  
Wirtschaftspolitische Studien  
Heft 1  
Göttingen 1966
- Knöpfle, Robert      Der Rechtsbegriff "Wettbewerb"  
und die Realität des Wirtschaftslebens, Kartellrundschau, Heft 7  
Köln-Berlin-Bonn-München 1966
- Kühne, Karl      Funktionsfähige Konkurrenz  
Volkswirtschaftliche Schriftenreihe  
Heft 39  
Berlin 1958
- Larenz, Karl      Methodenlehre der Rechtswissenschaft  
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
- Lukes, Rudolf      Der Kartellvertrag  
Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität  
Köln, Band 9  
München und Berlin 1959

- Machlup, Fritz      Wettbewerb im Verkauf, Modell-  
analyse des Anbieterverhaltens  
Göttingen 1966
- Mahlert, Karl  
Schneider, Hans Karl      Fragen der Preiskontrolle, der  
Finanzierung und der Wirtschafts-  
rechnung in der amerikanischen  
Energie- und Wasserversorgung  
Aktuelle Fragen der Energiewirt-  
schaft  
Heft 1, München 1957  
(Mahlert-Schneider)
- Malzer, Georg      Das Wege-, Preis- und Kartellrecht  
in der Energieversorgung  
Essen 1966
- Miksch, Leonhard      Wettbewerb als Aufgabe  
2. Aufl.  
Godesberg 1947
- Morgenthaler, Karl      Die kartellrechtliche Bedeutung  
der Unternehmensstruktur in der  
Energieversorgung  
Köln 1966
- Niederleithinger, Ernst      Die Stellung der Versorgungswirt-  
schaft im Gesetz gegen Wettbe-  
werbsbeschränkungen  
VEnergR 18/19
- Nipperdey, Hans Carl      Soziale Marktwirtschaft und Grund-  
gesetz  
3. Aufl. der Schrift "Wirtschafts-  
verfassung und Bundesverfassungs-  
gericht"  
Köln-Berlin 1965
- Püttner, Günter      Das Recht der kommunalen Energie-  
versorgung  
Schriftenreihe des Vereins für  
Kommunalwissenschaften e.V. Berlin  
Stuttgart 1967
- Radtko, Franz Dieter      Die verfassungsrechtlichen Schran-  
ken der §§ 3, 4, 5 und 7 des Ge-  
setzes zur Förderung der Energie-  
wirtschaft vom 13.12.1935  
Diss. Marburg 1959
- Rasch, Harold      Der Anspruch von Unternehmen mit  
Eigenanlagen auf Reserve- und Zu-  
satzversorgung nach § 26 Abs. 2 GWB,  
Gutachten, erstattet im Auftrage  
der VIK  
Essen 1960

- Resch, Ingo                      Preisbildung in der Elektrizitäts-  
wirtschaft  
Gräfelfing/München 1966
- Röpke, Wilhelm                  Jenseits von Angebot und Nachfrage  
3. Aufl.  
Zürich 1961
- Röpke, Wilhelm                  Die Lehre von der Wirtschaft  
10. Aufl.  
Erlenbach-Zürich und Stuttgart 1965
- Sauter, Herbert                 Der Begriff "Wettbewerb" im Gesetz  
gegen den unlauteren Wettbewerb und  
im Gesetz gegen Wettbewerbsbe-  
schränkungen  
Diss. Mainz 1964
- Schneider, Erich                Einführung in die Wirtschafts-  
theorie  
Band 2, 11. Aufl.  
Tübingen 1967
- Schneider, Hans Karl           Gedanken zur Weiterentwicklung  
einer dezentralisierten Energie-  
und Wasserversorgung,  
Beiträge zur kommunalen Versor-  
gungswirtschaft, Heft 36  
Köln 1966
- Schönauer, Gundolf             Marktprozesse in der öffentlichen  
Energiewirtschaft und deren volks-  
wirtschaftliche Beurteilung,  
Forschungsberichte des Landes Nord-  
rhein-Westfalen, Nr. 1155  
Köln und Opladen 1963
- Schumpeter, Joseph A.         Theorie der wirtschaftlichen Ent-  
wicklung  
5. Aufl.  
Berlin 1962
- Sölter, Arno                    Nachfragemacht und Wettbewerbsord-  
nung  
Schriftenreihe Der Betrieb  
2. Aufl., S. 1960
- Stein, Ekkehard                Die Wirtschaftsaufsicht  
Tübingen 1967
- Vogel, Hans Jochen             Die kommunalen Unternehmen in der  
Marktwirtschaft,  
Beiträge zur kommunalen Versor-  
gungswirtschaft, Heft 31  
Köln 1962

III. Aufsätze

(Aufsätze werden nur mit der Fundstelle zitiert,  
sofern keine Verwechslungsgefahr gegeben ist.)

|                   |                                                                                                                                    |
|-------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Arndt, Helmut     | Unvollständiger Wettbewerb<br>in: Handwörterbuch der Sozial-<br>wissenschaften, Band 10<br>S. 588 - 599<br>Tübingen-Göttingen 1959 |
| Ballerstedt, Kurt | Kartellverbot und Einzelvertrag<br>JZ 1956/ 267 - 271                                                                              |
| Ballerstedt, Kurt | Energierecht als wissenschaftliche<br>Aufgabe<br>VEnergR 1/2, S. 1 - 22                                                            |
| Ballerstedt, Kurt | Energierechtliche Probleme des GWB<br>VEnergR 5/ 5 - 23                                                                            |
| Benisch, Werner   | Kartellrecht und Schutz der indivi-<br>duellen Freiheit<br>WuW 1961/ 764 - 777                                                     |
| Böhm, Franz       | Das Problem der privaten Macht<br>in: Reden und Schriften, herausge-<br>geben von E.-J. Mestmäcker<br>Karlsruhe 1960, S. 22 - 45   |
| Böhm, Franz       | Die Idee des Ordo im Denken Walter<br>Euckens<br>ORDO III, S. XV ff.                                                               |
| Börner, Bodo      | Ermessen und EnWG<br>VEnergR 10/ 6 - 36                                                                                            |
| Brugger, Gustav   | Zur Auslegung des § 1 GWB<br>WuW 1959/ 467 - 485                                                                                   |
| Bullinger, Martin | Staatsaufsicht in der Wirtschaft<br>VVDStRL, Heft 22/ 264 - 322                                                                    |
| Dörinkel, Wolfram | Zur kartellpolitischen Lage in<br>der BRD<br>WuW 1966/ 933 - 942                                                                   |
| Dürig, Günter     | Der Grundrechtssatz von der Men-<br>schenwürde<br>Archiv des öffentlichen Rechts<br>Band 81 (1956), S. 117 - 157                   |
| Fischerhof, Hans  | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-<br>kungen und Energiewirtschaft<br>BB 1958/ 135 - 140                                            |

- Fischerhof, Hans                      Wettbewerb in der Energiewirtschaft und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  
WuW 1959/ 328 - 338
- Fonk, Hans-Joachim                    Die Anmeldung wettbewerbsbeschränkender Verträge der Energiewirtschaft nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  
EltW 1958/ 347 ff.
- Fonk, Hans-Joachim                    Auslegungsfragen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen  
EltW 1958/ 475 ff.
- Gieseke, Paul                          Die Stellung der deutschen Energiewirtschaft nach dem GWB und dem EnWG  
GWF 1958/ 719 ff.
- Griesbach, Bernhard                   Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen  
BB 1962/ 1011 - 1016
- Gröner, Helmut                        Ordnungspolitik in der Elektrizitätswirtschaft  
ORDO XV/XVI, S. 333 - 412
- Günther, Eberhard                    Die Aufgaben des Bundeskartellamtes in der Wettbewerbspolitik  
ZHR 125/ 38 - 52
- Günther, Eberhard                    Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen im europäischen Raum  
WuW 1961/ 755 - 763
- Günther, Eberhard                    Wettbewerbspolitik in einer freien Gesellschaft  
WuW 1964/ 111 - 120
- Günther, Eberhard                    Brauchen wir eine neue Wettbewerbspolitik?  
WuW 1967/ 91 - 100
- Günther, Eberhard                    Zehn Jahre Bundeskartellamt: Rückblick und Ausblick  
in: Zehn Jahre Bundeskartellamt  
Köln-Berlin-Bonn-München 1968  
S. 11 - 37
- Heinemann, Wolf-Rainer                Die Feststellungen der Konzentrationen- und Verschmelzungen-Enquete über die Elektrizitätswirtschaft  
EltW 1964/ 957 - 958

- Heinemann, Wolf-Rainer      Angebot und Nachfrage der Elektrizitätswirtschaft  
EltW 1967/ 333 - 337
- Heuss, Ernst                Zum heutigen Stand der Wettbewerbstheorie in Deutschland  
ORDO XVIII, S. 411 - 416
- Holzapfel, Walter          Strompreisbildung und behördliche Kontrollbefugnisse  
BB 1963/ 797 - 800
- Hoppmann, Erich            Workable Competition (Funktionsfähiger Wettbewerb), die Entwicklung einer Idee über die Norm der Wettbewerbspolitik  
ZBJV Band 102 (1966), S. 249 - 273
- Hoppmann, Erich            Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept  
in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Festschrift für Theodor Wessels  
Berlin 1967, S. 145 - 197
- Hoppmann, Erich            Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik  
ORDO XVIII, S. 76 - 94
- Hoppmann, Erich            Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität  
JNST Band 179/ 286 - 323
- Hoppmann, Erich            Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Bemerkungen zu Kantzenbachs Erwiderung  
JNST Band 181/ 251 - 264
- Hoppmann, Erich            Zum Schutzobjekt des GWB  
in: Wettbewerb als Aufgabe  
Bad Homburg v.d.H. 1968
- Huber, Ernst Rudolf        Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht  
DÖV 1956/ 97 - 102; 135 - 143;  
172 - 175; 200 - 207
- Kantzenbach, Erhard        Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität  
JNST Band 181/ 193 - 241
- Kaufer, Erich              Kantzenbachs Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs  
JNST Band 179/ 481 - 492

- Kaufer, Erich                      Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität  
JNST Band 181/ 242 - 250
- Kaufer, Erich                      Nochmals: Von der Preistheorie zur Wettbewerbstheorie  
ORDO XVIII, S. 95 - 114
- Kober, Kurt                        Zur Abgrenzung der beiden Tatbestände des § 26 Abs. 2 GWB  
WuW 1965/ 106 - 110
- von Köhler, Karl-Heinz            Vom Wert der Gesetzesmaterialien im Kartellrecht  
NJW 1967/ 2188 - 2193
- Koenigs, Folkmar                  Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs  
NJW 1961/ 1041 - 1048
- Kreis, Helmut                     Fragen der Mißbrauchsaufsicht über EVU nach § 104 GWB  
BB 1966/ 561 - 565
- Lanzenberger, Fritz               Die Aufgaben der Kartellbehörden, insbesondere in Bezug auf die Energiewirtschaft  
GWf 1958/ 789 ff.
- Leo, Hans-Christoph               Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB  
WuW 1959/ 485 - 499
- Lilienfein, H.                     Energieversorgung und Wettbewerb  
EltW 1962/ 57 ff.
- Ludwig, Wolfgang                  Zum Mißbrauchsbegriff in § 104 GWB  
Der Städtetaz 1966/ 261 - 265
- Lukes, Rudolf                     Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts  
in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung  
Festschrift für Franz Böhm  
Karlsruhe 1965, S. 199 - 226
- Lumpe, Josef                        Das neue Kartellgesetz und die Unternehmen der öffentlichen Energieversorgung  
EltW 1958/ 1 ff.
- Lutz, Friedrich A.                  Bemerkungen zum Oligopolproblem  
ORDO VIII, S. 19 - 43

- Machlup, Fritz                      Oligopol und Freiheit  
ORDO XVIII, S. 35 - 64
- Machlup, Fritz                      Wettbewerb III  
in: Handwörterbuch der Sozialwis-  
sensschaften, Band 12  
Tübingen-Göttingen 1965  
S. 36 - 49
- Malzer, Georg                      Die Auswirkungen des Kartellge-  
setzes auf Energieversorgungs-  
verträge  
Beiträge zum Energierecht  
S. 269 - 283
- Malzer, Georg                      Fragen des Preis-, Kartell- und  
Steuerrechts in der Energiever-  
sorgung  
DB 1968/ 1055 - 1058
- Merz, Hans                      Kartellrecht - Instrument der Wirt-  
schaftspolitik oder Schutz der per-  
sönlichen Freiheit  
in: Wirtschaftsordnung und Rechts-  
ordnung  
Festschrift für Franz Böhm  
Karlsruhe 1965, S. 227 - 259
- Mestmäcker, Ernst-Joachim              Über die normative Kraft privat-  
rechtlicher Verträge  
JZ 1964/ 441 - 446
- Michaelis, Hans                      Die Kernenergie an der Schwelle  
der Konkurrenzfähigkeit  
in: Ordnungsprobleme und Entwick-  
lungstendenzen in der deutschen  
Energiewirtschaft  
Festschrift für Theodor Wessels  
Essen 1967, S. 261 - 287
- Ott, Alfred E.                      Preistheorie  
in: Kompendium der Volkswirtschafts-  
lehre, Band 1  
Göttingen 1964, S. 120 - 188
- Paul, Egbert                      Inwieweit bedingt eine freiheit-  
liche Verfassung freiheitliche  
Wirtschaftsformen?  
DÖV 1965/ 124 - 125
- Rauschenbach, Gerhard              Das rechtliche Problem der Kartell-  
aufsicht und der Fachaufsicht,  
Kartelle und Monopole, Band 2  
S. 767 - 783

- Reimann, Günter                      Energieverbraucher und Kartell-  
aufsicht  
WRP 1967/ 152 - 162
- von Renthe gen. Fink,  
Donatus                              Wie kann man Wettbewerb beweisen?  
WuW 1967/ 572 - 581
- Riederer, Johann                    Das Diskriminierungsverbot und  
die Elektrizitätswirtschaft  
EltW 1962/ 708 ff.
- Riemerschmidt, Anton               Rationeller durch Gemeinschafts-  
kraftwerke  
Der Volkswirt 1965/ 742 - 744
- Röpke, Wilhelm                      Wettbewerb II  
in: Handwörterbuch der Sozialwis-  
sensschaften, Band 12  
Tübingen-Göttingen 1965  
S. 29 - 36
- Rupp, Hans Heinrich                Zur Problematik öffentlich-recht-  
licher Machtpotenzierung durch  
Funktionenkombination  
NJW 1968/ 569 - 573
- Ruzek, J.                              Die Bedeutung der Tatbestände der  
§§ 22/26/104 GWB für die öffent-  
liche Energieversorgung  
EltW 1959/ 621 ff.
- Säcker, Franz-Jürgen               Zur Berücksichtigung der Markt-  
position des Unternehmers im  
Recht der Wettbewerbsbeschrän-  
kungen  
BB 1967/ 681 - 689
- Schäfer, Hans                        Kraftwerke - auf der Höhe der Zeit  
Der Volkswirt 1966/ 403 - 408
- Schmidt, Ingo                        Zum Begriff des Preiswettbewerbs  
nach § 16 GWB  
WuW 1964/ 120 - 153
- Schmidt, Ingo                        Neuere Entwicklungen in der Wett-  
bewerbstheorie unter Berücksich-  
tigung wachstumspolitischer Ziel-  
setzungen  
WuW 1966/ 699 - 731
- Schmidt, Ingo                        Methodische Bedenken gegen Gene-  
ralklauseln im Kartellrecht am  
Beispiel der Mißbrauchsaufsicht  
über marktbeherrschende Unternehmen  
JZ 1967/ 247 - 250

- Schmidt, Ingo Zum Nachweis des Mißbrauchs einer rechtlichen oder faktischen Wettbewerbsbeschränkung  
WuW 1967/ 635 - 658; 777 - 799
- Schmittner, Konrad Meinungsfreiheit und Arbeitsverhältnis  
AuR 1968/ 353 - 364
- Schönauer, Gundolf Das GWB und seine Bedeutung für die Energiewirtschaft  
GWF 1958/ 397 ff.
- Schüler-Springorum, Horst Anwendungsbereich und gegenseitige Abgrenzung der §§ 22/26/104 GWB für die Energiewirtschaft  
EltW 1959/ 205 ff.
- Schüler-Springorum, Horst Inhalt und Grenzen der Staatsaufsicht nach dem EnWG  
VEnergR 1/2, S. 101 - 123
- Schwaiger, Henning Zum Abschlußzwang des Leitungsinhabers in der Energiewirtschaft  
WuW 1968/ 425 - 435
- Strickrodt, Georg Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots  
WuW 1957/ 75 - 92
- Wagner, Heinz Das Recht der Energieversorgung als Anwendungsfall allgemeiner Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts  
JuS 1968/ 197 - 205
- Wessels, Theodor Einführung in die Volkswirtschaftslehre  
in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, Band 2  
2. Aufl.  
Köln-Opladen 1966  
(Wessels, HdW)
- Wessels, Theodor Die Stellung der Energiewirtschaft in der Wettbewerbswirtschaft  
in: Tagungsberichte des Energiewirtschaftlichen Instituts an der Universität Köln  
Heft 10, S. 42 - 60
- Wiedemann, Hans Grenzen der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht über Energieversorgungsunternehmen  
BB 1967/ 565 - 569

Würdinger, Hans

Freiheit der persönlichen Ent-  
faltung  
Kartell- und Wettbewerbsrecht  
WuW 1953/ 719 - 734

#### IV. Sonstiges

Amtliche Begründung zum  
Energiewirtschaftsgesetz

abgedruckt in Eiser-Riederer-  
Sieder  
Energiewirtschaftsrecht, Teil 1  
S. 14 ff.  
(Begründung)

Begründung zum Regierungs-  
entwurf eines Gesetzes ge-  
gen Wettbewerbsbeschrän-  
kungen

Bundestags-Drucksache II/1158,  
Anlage 1  
abgedruckt im Gemeinschafts-  
kommentar  
1. Aufl., S. 1057  
(Begründung)

Bulletin des Presse- und  
Informationsamtes der  
Bundesregierung

vom 23. August 1966

Gegenwärtige Struktur und  
künftige Entwicklung in der  
öffentlichen Elektrizitäts-  
wirtschaft in der BRD

Ein Gutachten des Energiewirt-  
schaftlichen Instituts an der  
Universität zu Köln, herausge-  
geben von Theodor Wessels u.a.  
Berlin 1964

Die öffentliche Elektrizitäts-  
versorgung im Bundesge-  
biet einschließlich Berlin  
(West) 1965

herausgegeben vom VDEW, Frank-  
furt/Main  
(Die öffentliche Elektrizitäts-  
versorgung 1965)

Statistik der Energiewirt-  
schaft, Ausgabe 1967

herausgegeben vom VIK, Essen  
(VIK, Statistik der Energiewirt-  
schaft, Ausgabe 1967)

Tätigkeitsbericht des  
Bundeskartellamts

1960  
1961  
1962  
1963  
1964  
1965  
1966  
1967

Bundestags-Drucksache III/2734  
Bundestags-Drucksache IV/378  
Bundestags-Drucksache IV/1220  
Bundestags-Drucksache IV/2370  
Bundestags-Drucksache IV/3752  
Bundestags-Drucksache V/530  
Bundestags-Drucksache V/1950  
Bundestags-Drucksache V/2841  
(Tätigkeitsbericht des BKA 19..)

Geschäftsberichte

verschiedener Unternehmen, ins-  
besondere der RWE-AG und der VEW-AG

Aktuelle Daten

über die Investitionen etc. wurden  
der Wirtschaftspresse entnommen,  
insbesondere aus "Frankfurter All-  
gemeine Zeitung"; "Handelsblatt";  
"Die Zeit".

Abkürzungsverzeichnis

|           |                                                                                 |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------|
| aA        | anderer Ansicht                                                                 |
| a.a.O.    | am angeführten Ort                                                              |
| Abb.      | Abbildung                                                                       |
| Abs.      | Absatz                                                                          |
| AG        | Aktiengesellschaft                                                              |
| A/KAE     | Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenordnung vom 27.2.1943 (RAnz. Nr. 75) |
| AO        | Anordnung                                                                       |
| AöR       | Archiv des öffentlichen Rechts                                                  |
| Art.      | Artikel                                                                         |
| AuR       | Arbeit und Recht                                                                |
| AVB       | Allgemeine Versorgungsbedingungen                                               |
| BAnz.     | Bundesanzeiger                                                                  |
| BB        | Betriebsberater (Zeitschrift)                                                   |
| Bd.       | Band                                                                            |
| BGBI.     | Bundesgesetzblatt                                                               |
| BGH       | Bundesgerichtshof                                                               |
| BKA       | Bundeskartellamt                                                                |
| BRD       | Bundesrepublik Deutschland                                                      |
| BT        | Bundestag                                                                       |
| BVerfGE   | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts                                    |
| BVerwG    | Bundesverwaltungsgericht                                                        |
| bzw.      | beziehungsweise                                                                 |
| ca.       | circa                                                                           |
| cet. par. | ceteris paribus                                                                 |
| DB        | Der Betrieb (Zeitschrift)                                                       |
| d.h.      | das heißt                                                                       |
| DM        | Deutsche Mark                                                                   |
| DÖV       | Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)                                        |
| DVO       | Durchführungsverordnung                                                         |

|        |                                               |
|--------|-----------------------------------------------|
| ed.    | edition                                       |
| Eltw   | Die Elektrizitätswirtschaft (Zeitschrift)     |
| EnWG   | Energiewirtschaftsgesetz                      |
| EVU    | Energieversorgungsunternehmen                 |
| FAZ    | Frankfurter Allgemeine Zeitung                |
| ff.    | folgende                                      |
| GWB    | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen        |
| GWF    | Das Gas- und Wasserfach (Zeitschrift)         |
| HdSW   | Handwörterbuch der Sozialwissenschaften       |
| HdW    | Handbuch der Wirtschaftswissenschaften        |
| ivm    | in Verbindung mit                             |
| JNST   | Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik |
| JZ     | Juristenzeitung                               |
| km     | Kilometer                                     |
| LKartB | Landeskartellbehörde                          |
| LKA    | Landeskartellamt                              |
| Mill.  | Millionen                                     |
| mWN    | mit weiteren Nachweisen                       |
| NJW    | Neue Juristische Wochenschrift                |
| Nr.    | Nummer                                        |
| OLG    | Oberlandesgericht                             |
| p.     | page                                          |
| PreisG | Preisgesetz                                   |
| RAnz.  | Reichsanzeiger                                |
| RGBl.  | Reichsgesetzblatt                             |
| RWE    | Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk     |

|         |                                                                                         |
|---------|-----------------------------------------------------------------------------------------|
| S.      | Seite                                                                                   |
| sog.    | sogenannte                                                                              |
| Tab.    | Tabelle                                                                                 |
| u.a.    | unter anderem                                                                           |
| VEnergR | Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn (später Köln) |
| VDEW    | Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke                                                |
| VEBA    | Vereinigte Elektrizitäts- und Bergwerks-Aktiengesellschaft                              |
| VEW     | Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen                                                 |
| vgl.    | vergleiche                                                                              |
| VIK     | Vereinigung Industrielle Kraftwirtschaft                                                |
| VO      | Verordnung                                                                              |
| Vol.    | Volume                                                                                  |
| VVDStRL | Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer                     |
| WRP     | Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)                                            |
| WuW     | Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)                                                 |
| WuW/E   | Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung                                        |
| z.B.    | zum Beispiel                                                                            |
| ZBJV    | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins                                              |
| ZHR     | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht                               |
| Ziff.   | Ziffer                                                                                  |

## Verzeichnis technischer Abkürzungen

### I. Spannungsbereich:

|                    |                  |
|--------------------|------------------|
| bis unter 1 kV     | = Niederspannung |
| 1 - 53 kV          | = Mittelspannung |
| über 53 bis 150 kV | = Hochspannung   |
| 220 kV und darüber | = Höchstspannung |
| 1 kV = 1.000 Volt  |                  |

### II. Leistungseinheiten:

|                                        |
|----------------------------------------|
| 1 kW = 1 Kilowatt                      |
| 1 MW = 1 Megawatt = 1.000 Kilowatt     |
| 1 GW = 1 Gigawatt = 1.000.000 Kilowatt |

### III. Arbeitseinheiten:

|                                                      |
|------------------------------------------------------|
| 1 kcal = 1 Kilocalorie                               |
| 1 kWh = 1 Kilowattstunde                             |
| 1 MWh = 1 Megawattstunde = 1.000 Kilowattstunden     |
| 1 GWh = 1 Gigawattstunde = 1.000.000 Kilowattstunden |

## Verzeichnis der verwandten Symbole

|        |   |                      |
|--------|---|----------------------|
| E      | = | Erlös                |
| G      | = | Gewinn               |
| GE     | = | Grenzerlös           |
| GK     | = | Grenzkosten          |
| K      | = | Kosten               |
| p      | = | Preis                |
| x      | = | Ausbringungsmenge    |
| $\eta$ | = | Nachfrageelastizität |

## E i n l e i t u n g

Im Jahre 1966 war die RWE-Aktiengesellschaft infolge der Aktienrechtsform gezwungen, ihr Stammkapital von 960 Mill. DM um 240 Mill. DM aus der Auflösung von gesetzlichen und sonstigen Rücklagen zu erhöhen.<sup>1)</sup> Dabei hatte die Gesellschaft durchweg eine recht hohe Dividende gezahlt. Obwohl die RWE-AG einer doppelten Aufsicht nach dem GWB wie nach dem EnWG unterlag, hatte sie im Rahmen ihres normalen Geschäftsverkehrs hohe Gewinne erzielt, aus denen diese Reserven angelegt werden konnten. Es drängt sich der Gedanke auf, daß die überdurchschnittliche Rentabilität in engem Zusammenhang mit der Vorzugsstellung stehen könnte, die der Elektrizitätswirtschaft im GWB eingeräumt worden ist. Die Berechtigung der Ausnahmegesetzgebung des § 103 GWB muß daher immer wieder überprüft werden. Denn mit den Ausnahmen im GWB sollte nicht eine gegebene Situation dauerhaft bestätigt werden, sondern die Aufsicht sollte auch in diesen Wirtschaftszweigen auf die Realisierung des Wettbewerbs hinwirken.<sup>2)</sup> So forderte das Bundeskartellamt im Jahre 1963<sup>3)</sup>, der § 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB sollte ersatzlos gestrichen werden, um den Wettbewerb zwischen den Versorgungsunternehmen zu intensivieren.<sup>4)</sup> Diese Forderung wurde jüngst von E. G ü n t h e r wiederholt.<sup>5)</sup>

In dieser Arbeit soll nun der Frage nachgegangen werden, welche Möglichkeiten der Kartellbehörde offenstehen, um den Wettbewerb im Bereich der Elektrizitätswirtschaft mit Hilfe ihrer Eingriffsmöglichkeiten zu fördern. Den Initiativen der Kartellbehörde könnte dabei durch das EnWG und die damit verbundene Fachaufsicht die den technischen und strukturellen Besonderheiten der Energiewirtschaft Rechnung tragen sollen, Grenzen gesetzt sein. Die Aufgaben beider Aufsichtsbehörden müssen daher näher bestimmt wer-

---

1) Geschäftsbericht 1965/66, S. 28/29.

2) Begründung A V, im Gemeinschaftskommentar 1. Aufl., S. 1059.

3) Tätigkeitsbericht des BKA 1963, S. 64.

4) Vgl. auch Dörinkel, WuW 1966/937/938.

5) In: Zehn Jahre BKA, S. 32.

den, um die Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörde konkretisieren zu können. Dazu bedarf es nicht nur juristischer, sondern vor allem auch ökonomischer Erwägungen, um festzustellen, inwieweit der Wettbewerb als Ordnungsprinzip in diesem Teilbereich der Wirtschaft durchsetzbar ist oder ob die Gegebenheiten andere Ordnungsstrukturen erfordern.

I. Die mit der zweifachen Aufsicht verbundenen Probleme  
=====

a) Der Bereich der Aufsicht über die Elektrizitätswirtschaft nach dem GWB

Die Elektrizitätswirtschaft unterliegt grundsätzlich der Kartellaufsicht, § 1 GWB. <sup>1)</sup> Dabei kommt es nicht darauf an, in welcher Rechtsform das Unternehmen betrieben wird, ob und wie stark die öffentliche Hand an dem Unternehmen beteiligt ist, § 98 GWB. Aus der besonderen technischen - es ist keine Vorratshaltung möglich - und wirtschaftlichen - ca. 2/3 der Investitionen entfallen auf den Bereich der Stromverteilung - Situation heraus sind jedoch von einigen Tatbeständen des GWB Ausnahmen gemacht worden. In § 103 GWB werden bestimmte Abreden zwischen den Energieversorgungsunternehmen (EVU) einerseits und zwischen EVU und Gebietskörperschaften andererseits von den §§ 1/15/18 GWB freigestellt, gegen die sie sonst verstoßen hätten. Bei diesen Vertragstypen handelt es sich um die Demarkationsabreden, Konzessionsverträge, vertikale Preisbindungsklauseln und Verbundverträge.

Demarkationsabsprachen <sup>2)</sup> treffen EVU untereinander oder mit Gebietskörperschaften. Eine Vertragspartei verpflichtet sich darin, in einem bestimmten Gebiet keine öffentliche Versorgung zu betreiben. Demarkationsabsprachen haben nur relative Wirkung, d.h. nur die Vertragspartner werden gebunden.

Bei Konzessionsverträgen erlaubt eine Gebietskörperschaft ausschließlich e i n e m EVU die zur öffentlichen Versorgung zwingend notwendige Benutzung der öffentlichen Wege. Die Erlaubnis wird meist auf 25 - 30 Jahre erteilt. <sup>3)</sup> Die Wirkung der Konzessionsverträge ist nahezu absolut, d.h. dritte EVU werden von jeder öffentlichen Versorgung in diesem Gebiet

---

1) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957, BGBl. I, S. 1081, in der Fassung vom 3. Januar 1966.

2) Ausführlicher: Niederleithinger, VEnergR 18/19, S. 169 ff.

3) Schelberger im Gemeinschaftskommentar, § 103/12.

ausgeschlossen, solange der Konzessionsvertrag besteht.

In den vertikalen Preisbindungsklauseln wird den Verteilungsunternehmen kein bestimmter Preis vorgeschrieben, sondern nur ein Höchstpreis angegeben. Die Verteilungsunternehmen dürfen keine ungünstigeren Preise und Bedingungen von den Letztverbrauchern fordern als das Zuliefererunternehmen von seinen vergleichbaren Abnehmern.

Verbundverträge dienen dem großräumigen Energieausgleich zur Sicherung der Versorgung. Durch den Verbund soll ein gleichmäßiger Auslastungsgrad erreicht werden, so daß ein EVU nicht immer im Stromerzeugungsbereich die für den Spitzenbedarf notwendige Leistung vorzuhalten braucht.

Damit die Freistellung dieser Vertragstypen nicht mißbraucht werden kann, sind die Elektrizitätswerke in § 104 GWB einer zusätzlichen Aufsicht durch die Kartellbehörde unterworfen.

Die Freistellungen von den §§ 1/15/18 GWB betreffen zwar einige, besonders wichtige Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen in der Elektrizitätswirtschaft, aber keineswegs alle. Neben diesen zulässigen Beschränkungen bleibt noch ein Wettbewerb möglich. Dieser restliche Wettbewerb kann durch Vereinbarungen, einverständliches Verhalten oder überwiegende Marktmacht weiter eingeschränkt werden, so daß für die Anwendung weiterer Vorschriften des GWB, wie z.B. der §§ 22 und 26 GWB, über den in § 103 GWB ausgenommenen Bereich noch genügend Raum bleibt. <sup>1)</sup>

b) Die Aufsichtsbefugnisse nach dem EnWG und dem Preisrecht

Die Elektrizitätswirtschaft unterliegt weiteren aufsichtsbehördlichen Befugnissen, die im EnWG <sup>2)</sup> und im Preisrecht vorgesehen sind.

---

1) Vgl. Rauschenbach, Kartelle und Monopole, Bd. II, S. 776.

2) Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13.12.1935, RGBl. S. 1451.

Das EnWG sieht folgende Eingriffsmöglichkeiten in die Unternehmensfreiheit vor:

- § 3 EnWG eine Auskunftspflicht der Unternehmen
- § 4 EnWG eine Investitionskontrolle <sup>1)</sup>
- § 5 EnWG eine Genehmigungspflicht für die Aufnahme der Versorgung Dritter
- § 6 EnWG einen Kontrahierungszwang und im Zusammenhang damit eine Veröffentlichungspflicht der AVB <sup>2)</sup> und Tarife
- § 7 EnWG eine Preisüberwachung
- § 8 EnWG eine Abmeierungsmöglichkeit <sup>3)</sup>
- § 13 EnWG Anordnungen zur Sicherung der Landesverteidigung

Durch diese Befugnisse der Energieaufsichtsbehörden und diese Pflichten der EVU soll es ermöglicht werden:

- "1) den Bau und Ausbau der Energieerzeugungsanlagen und auch der Verteilungsanlagen in der Richtung einer rationellen, die billigste aber auch sicherste Bereitstellung der erforderlichen Energie gewährleistenden Weise zu lenken,
- 2) die Energietarife dahin zu beeinflussen, daß sie sowohl den besonderen Bedürfnissen der Verbraucher angepaßt als auch zunächst in einzelnen Wirtschaftsgebieten und weiterhin im gesamten Reichsgebiet möglichst angeglichen und volkswirtschaftlich zweckmäßig gestaltet werden." <sup>4)</sup>

- 
- 1) § 4 EnWG normierte zuerst nur eine Anzeigepflicht mit Untersagungsmöglichkeit der Behörde. Mit der VO vom 27.9.1939 wurden die Beanstandungsfristen und das Untersagungsverfahren beseitigt. Damit entstand praktisch eine Investitionskontrolle.  
Eiser-Riederer-Sieder I, S. 106 u. I, S. 115 - 116 b.
  - 2) Allgemeine Versorgungsbedingungen.
  - 3) D.h., die EVU werden gezwungen, ihren Geschäftsbetrieb einzustellen.
  - 4) Amtliche Begründung zum EnWG, zitiert aus Eiser-Riederer-Sieder I, S. 14.

Weiter unterliegt die Elektrizitätswirtschaft preisrechtlichen Beschränkungen. Durch die sogenannte Preisstopverordnung <sup>1)</sup> sind die Preise auf dem Stand eingefroren worden, den sie am 17.10.1936 gehabt haben. Das Preisniveau des Stoppreises hat später zwar generelle Änderungen erfahren <sup>2)</sup>, auch sind durch Ausnahmegenehmigungen Preiserhöhungen im Einzelfall erlaubt worden <sup>3)</sup>, die Wirksamkeit der Preisstopverordnung als solche ist davon jedoch unberührt geblieben.

Außerdem enthält das Preisgesetz <sup>4)</sup> einige auch für die Elektrizitätswirtschaft relevante Bestimmungen. Die preisrechtlichen Befugnisse von Aufsichtsbehörden sind im einzelnen:

- (1) Ausnahmegenehmigungen aufgrund von § 3 PreisstopVO, der für die gebundenen Preise voll in Geltung geblieben ist,
- (2) Verfügungen nach § 2 PreisG, entweder als Preiserhöhungen oder Preisherabsetzungen,
- (3) deklaratorische Verwaltungsakte, in denen festgestellt wird, ob bestimmte Preise gegen die gesetzlichen Bestimmungen verstoßen. <sup>5)</sup>

Allerdings gelten nach § 1 Nr. 3 der Preisfreigabeordnung <sup>6)</sup> die Preisvorschriften als Höchstpreise, die zwar unterschritten, aber nicht überschritten werden dürfen. Auch durch die späteren Verordnungen Pr. Nr. 18/52 und Pr. Nr. 3/53 sind die Preise in der Elektrizitätswirtschaft nicht restlos freigegeben worden. Durch die VO Pr. Nr. 18/52 <sup>7)</sup> werden Preisänderungsklauseln in Verträgen mit einer Laufzeit von mindestens sechs Monaten erlaubt, sofern sie die Preise für elektrischen

---

1) Vom 26.11.1936.

2) Vgl. VO Pr. Nr. 53/48, VO Pr. Nr. 76/51, VO Pr. Nr. 18/52, VO Pr. Nr. 3/53.

3) Eiser-Riederer-Sieder III, S. 23.

4) Vom 10.4.1948.

5) Eiser-Riederer-Sieder III, S. 14.

6) Vom 25.6.1948, zitiert aus Eiser-Riederer-Sieder III, S. 31 a.

7) Vom 26.3.1952, zitiert aus Eiser-Riederer-Sieder III, S. 195 e.

Strom von Änderungen der Kohlepreise oder von Änderungen der Kohlepreise und der Löhne abhängig machen und nicht nur zugunsten einer Vertragspartei wirken.<sup>1)</sup> Diese Vergünstigung gilt nur in Verträgen mit Sonderabnehmern. Die VO Pr. Nr. 3/53<sup>2)</sup> gibt die Grundpreise für gewerbliche und landwirtschaftliche Tarifabnehmer frei, nicht aber die ungleich wichtigeren Arbeitspreise, die auf die verbrauchte Einheit Energie bezogen sind (DM/kW). Vollkommen noch innerhalb der Preisbindung stehen alle sonstigen Tarifabnehmer.

Aber auch in die Preisvereinbarungen mit Abnehmern, die durch die beiden Verordnungen teilweise freigegeben worden sind, kann die Preisbehörde weiterhin aufgrund von § 2 PreisG iVm § 3 der VO Pr. Nr. 18/52 eingreifen.<sup>3)</sup>

Diese Lage ist mit der Preisfreigabeanordnung vom 12.12.1967<sup>4)</sup> für die Elektrizitätswirtschaft bestätigt worden.<sup>5)</sup>

#### c) Die Überschneidungsmöglichkeiten der gesetzlichen Regelungen

Zwischen diesen verschiedenen Regelungen, Aufsichts- und Eingriffsbefugnissen kann es zu Überschneidungen kommen. Knüpfen beide Gesetze an ein und denselben Tatbestand autonom eine Rechtsfolge, so können sich folgende Situationen ergeben:

- (1) Die angeordneten Rechtsfolgen sind miteinander verträglich.
- (2) Die an den gleichen Sachverhalt geknüpften Rechtsfolgen sind unterschiedlich.

Beide Situationen können rechtlich problematisch sein.

#### 1. Bedenken gegen kompatible Regelungen

Sind die ausgelösten Rechtsfolgen miteinander verträglich, so ist weiter zu differenzieren:

---

1) So § 1 der angeführten VO.

2) Vom 30.1.1953, zitiert aus Eiser-Riederer-Sieder III, S. 89.

3) Vgl. § 1 III VO Pr. Nr. 3/53; Eiser-Riederer-Sieder III, S. 195 d.

4) BAnz. Nr. 237 vom 19.12.1967.

5) Vgl. Malzer, DB 1968/1055.

(11) Die in einem Gesetz vorgesehenen Mittel werden nur dazu verwandt, die diesem Gesetz vorgegebenen Aufgaben zu erfüllen. Jede an diesen Sachverhalt geknüpfte Rechtsfolge dient eigenständigen Zielen.

Dieser Fall entspricht dem typischen staatlichen Verwaltungshandeln. Eine planvolle Zusammenarbeit zwischen den Behörden, um beide Aufgaben erfüllen zu können, ist ohne weiteres zulässig.

(12) Kompatible Regelungen oder Anordnungen sind aber dann bedenklich, wenn die dem einen Gesetz zugewiesenen Aufgaben mit dem Instrumentarium eines anderen Gesetzes erfüllt werden sollen.

Ein derartiges bewußtes und gewolltes Zusammenwirken sieht R u p p <sup>1)</sup> als eine unzulässige Funktionshäufung an, die der rechtsstaatlich notwendigen Kompetenzverteilung zuwiderläuft. Ein solcher Fall läge z.B. vor, wenn gegen mißbräuchliche Preise nicht nur von seiten der Kartellbehörde mit einer Abmahnung oder einem Bußgeld vorgegangen wird, sondern wenn zusätzlich mit der gleichen kartellrechtlichen Begründung die Preise durch einen Preisbescheid herabgesetzt werden. Die Preisbehörde würde dann zur Begründung eines Verwaltungsaktes Gesichtspunkte heranziehen, die nicht dem Preisrecht, sondern einem anderen Rechtsgebiet, dem Kartellrecht, entstammen. Ein solches Konglomerat aus preisrechtlichen Maßnahmen und kartellrechtlichen Begründungen könnte eine rechtsstaatliche Kontrolle der einzelnen Behörden erschweren. <sup>2)</sup>

Diesen berechtigten Befürchtungen R u p p s kann nur mit einer exakten Abgrenzung der Aufgabenbereiche beider Gesetze begegnet werden. Im Rahmen dieser Untersuchung soll jedoch auf das allgemeine rechtsstaatliche Problem der Funktionenhäufung nicht näher eingegangen, sondern nur der spezielle, sich für die Energiewirtschaft daraus ergebende Fragenkreis erörtert werden.

---

1) In NJW 1968/571 unter Berufung auf Forsthoff.

2) Rupp, NJW 1968/572.

## 2. Überschneidungsmöglichkeiten bei nicht kompatiblen Maßnahmen

Die Regelungen und Maßnahmen beider Behörden könnten sich aber auch widersprechen. Die Entscheidung in dem Dilemma, welcher Anordnung zu folgen ist, kann nicht dem Adressaten aufgebürdet werden. Daher müßte im Einzelfall den Regelungen des einen Gesetzes der Vorrang vor den Regelungen des anderen Gesetzes gebühren. Um zu klären, inwieweit solche Überschneidungen überhaupt möglich sind, müssen die Sachverhalte, an die die Gesetze direkt oder über Maßnahmen der Aufsichtsbehörden Rechtsfolgen knüpfen, näher untersucht werden.

### 21. Der Tatbestand "Preiswettbewerb"

Nach dem GWB sind keine Beschränkungen des Preiswettbewerbs erlaubt, die Preise sollen frei gebildet werden. Das gilt mit Ausnahme der vertikalen Preisbindungsklauseln des § 103 I Ziff. 3 GWB auch in der Elektrizitätswirtschaft.

Die Preisgesetze beabsichtigen gerade nicht eine Förderung der freien Preisbildung, sondern erlauben eine hoheitliche Preisfestsetzung der Preisbehörde.

Bei der Festlegung des Preises gibt es für die Preisbehörde zwei Alternativen:

- (1) Sie kann den Preis an einem fiktiven Wettbewerbspreis orientieren. Mit diesem Preis wird bei marktgerechten Leistungen der Fortbestand eines Unternehmens gesichert. Dieser Preis wird auch von der Kartellbehörde als angemessen angesehen, so daß es insoweit zu keinen Überschneidungen kommt.
- (2) Die Preisbehörde kann den Preis niedriger <sup>1)</sup> oder höher <sup>2)</sup> als den fiktiven Wettbewerbspreis setzen.

(21) Würde das gesamte Preisniveau zu niedrig gehalten, so würden die Kosten eines EVU nicht gedeckt, auch soweit es marktgerech-

---

1) Z.B. aus sozialen Erwägungen.

2) Das wäre der Fall, wenn sich der Preis nur nach den Kosten richtet, die das EVU hat, das um eine Preiserhöhung nachsucht. Diese Kosten können überrdurchschnittlich hoch sein und über dem Wettbewerbspreis liegen.

te Leistungen erbrächte. Der Bestand des Unternehmens wäre damit auf Dauer bedroht. Da eine solche Preispolitik praktisch einem entschädigungslosen, enteignungsgleichen Eingriff gleichkommt, ist ein derartiges Verhalten aus allgemeinen, rechtlichen Erwägungen ausgeschlossen. <sup>1)</sup>

(22) Für die Abgrenzung preis- und kartellrechtlicher Maßnahmen tauchen nur Probleme auf, wenn die Preisbehörde einen höheren Preis erlaubt. Diese Preiserhöhung könnte nämlich die Kartellbehörde als mißbräuchlich ansehen und durch Bußgelder eine entsprechende Preissenkung erzwingen. Die Kartellbehörde ist in ihrer Entscheidung durch Maßnahmen der Preisbehörde nicht gebunden, sie hat sich mit der Preisbehörde nur ins "Benehmen" zu setzen, § 103 Abs. 4 GWB.

Trotz der entgegengesetzten Maßnahmen der Behörden liegt hier streng logisch keine Kollision vor. Die Preisvorschriften gelten nur als Höchstpreise. Es ist also niemand verpflichtet, auch genau diese Preise von den Abnehmern zu fordern. Werden die Höchstpreise erhöht, so kann ein EVU die damit gegebene Erlaubnis nicht ausnutzen, wenn durch die Preiserhöhung gegen kartellrechtliche Vorschriften verstoßen wird. Für den Adressaten einer solchen Preiserhöhung ergibt sich also bei einem Einschreiten der Kartellbehörde keine Situation, in der er immer gegen eines der beiden Gesetze verstößt.

Trotzdem muß dies als Überschneidung der Aufsichtsbefugnisse angesehen werden. Die preisrechtliche Genehmigung wird völlig bedeutungslos, wenn die Adressaten nicht darauf vertrauen können, diese Preise durchsetzen zu können. Über die Preishöhe entscheidet dann letztlich immer die Kartellbehörde. Das ist bedenklich, wenn damit der Aufsichtsbereich der Preisbehörde soweit eingeschränkt wird, daß sie die ihr zugewiesenen

---

1) Dieser theoretische Fall ist zu unterscheiden von der Abmeierung nach § 8 EnWG. Eine Abmeierung läßt das Unternehmen mit allen seinen privaten Rechten und Pflichten bestehen, vgl. Eiser-Riederer-Sieder I, S. 226. Wird dagegen einem anderen Unternehmen der Gebrauch der Anlagen des abgemeierten Unternehmens gestattet, so liegt eine entschädigungspflichtige Enteignung vor, § 9 EnWG, vgl. Eiser-Riederer-Sieder I, S. 226 a.

Aufgaben, die vorwiegend aus den wirtschaftlichen Besonderheiten dieses Wirtschaftszweiges resultieren, nicht mehr erfüllen kann. Verbleibt der Preisbehörde aber in jedem Fall ein eigenständiger Aufgabenbereich, so kann das die Aufsichtsbefugnisse der Kartellbehörde beeinflussen, die dann diesen Bereich der Preisaufsicht zu respektieren hätte. Wenn aber die Aufsichtsbehörden mit Hilfe ihres Instrumentariums verschiedene Funktionen zu erfüllen haben <sup>1)</sup>, dürfen nicht die Eingriffsbefugnisse der einen Behörde die der anderen völlig überlagern, sondern sie müssen voneinander abgegrenzt werden, damit beide Behörden ihre Aufgaben erfüllen können.

## 22. Der Tatbestand "Konditionenwettbewerb"

Eine Beschränkung des Konditionenwettbewerbs ist nach dem GWB nur in Ausnahmefällen möglich, § 2 Abs. 1 GWB. Ein Konditionenwettbewerb ist aber generell ausgeschlossen, soweit die AVB und die Tarife verbindlich sind. <sup>2)</sup> Auch die in Sonderabnehmerverträgen frei ausgehandelten Konditionen können von der Fachaufsichtsbehörde aufgrund von § 2 PreisG iVm § 3 der VO Pr. Nr. 18/52 modifiziert werden.

Konditionen sind im Bereich der Wirtschaft ein wichtiges absatzpolitisches Instrument. Werden die Konditionen behördlich fixiert, so wird der Wettbewerb dadurch gleichermaßen eingeschränkt wie durch Kartelle. Gegen Konditionenkartelle, die den Ausnahmebereich des § 2 GWB überschreiten, muß die Kartellbehörde vorgehen. Fraglich ist, ob die Fachaufsichtsbehörde bei der Festsetzung der Konditionen auch diese wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen hat. Zu Konflikten wird es dann kommen, wenn die Kartellbehörde verlangt, daß auch die fachaufsichtsbehördlichen Festsetzungen sich in den Grenzen des Ausnahmebereichs des § 2 GWB zu halten haben. <sup>3)</sup>

---

1) Rupp, NJW 1968/571.

2) Für die Verbindlicherklärung war § 7 EnWG Ermächtigungsgrundlage. Sonst hat § 7 EnWG neben dem Preisrecht keine Bedeutung erlangt.

3) Lumpe, EltW 1958/8.

### 23. Der Tatbestand "Substitutionskonkurrenz"

§ 103 Abs. 2 GWB sieht vor, daß die Substitutionskonkurrenz nicht durch Verträge nach § 103 Abs. 1 GWB beschränkt werden kann.

Nach § 4 EnWG unterliegt der Bau von Gas- und Stromversorgungsanlagen einer Investitionskontrolle.

Wird z.B. in einem Konzessionsvertrag die Versorgung eines bestimmten Gebietes mit Gas ausgeschlossen, so kann die Kartellbehörde diesen Vertrag für nichtig erklären. Damit ist aber nicht gleichzeitig sichergestellt, daß der Gasversorgung in diesem Gebiet keine weiteren Hindernisse entgegenstehen.

Die Energieaufsichtsbehörde kann die Genehmigung für den Bau der Gasversorgungsleitungen verweigern mit der Begründung, zwei Leitungssysteme seien in diesem Versorgungsgebiet unwirtschaftlich.<sup>1)</sup> Dann hat die Kartellbehörde zwar die privatrechtliche Wettbewerbsbeschränkung beseitigen können, durch diese hoheitliche Maßnahme bleibt ihr Eingriff jedoch ohne jeden praktischen Erfolg.

### 24. Der Tatbestand "Marktzutritt"

§ 18 GWB soll den freien Zugang zum Markt sichern. § 18 GWB wird allerdings teilweise durch § 103 Abs. 1 GWB ausgeschlossen. Doch sind an Demarkationsabsprachen nicht beteiligte Unternehmen nicht gehindert, in ein demarkiertes Gebiet zu liefern.

§ 5 EnWG macht die Aufnahme der Versorgung Dritter von einer Genehmigung abhängig. Das trifft vor allem Außenseiter, die erstmals Strom an andere abgeben wollen.

Der freie Marktzutritt ist ein wesentliches Merkmal einer Wettbewerbsordnung, über deren Verwirklichung die Kartellbehörde zu wachen hat. Zwar bestehen logisch keine Bedenken dagegen, die Genehmigung nach § 5 EnWG einfach als objektive Eintrittsvoraussetzung für diesen Markt anzusehen. Praktisch werden jedoch alle Bemühungen der Kartellbehörde, privatrechtliche Be-

---

1) Eiser-Riederer-Sieder I, S. 50.

schränkungen des Marktzutritts zu unterbinden, sinnlos, wenn die Fachaufsichtsbehörde diese wettbewerblichen Gesichtspunkte überhaupt nicht zu berücksichtigen hat.

#### 25. Der Tatbestand "Diskriminierung"

§ 26 Abs. 2 GWB soll Diskriminierungen durch marktbeherrschende Unternehmen verhindern.

Die 5. DVO zu § 6 EnWG schließt jedoch einen Anspruch auf Anschluß und Versorgung für bestimmte Abnehmergruppen, vor allem Unternehmen mit Eigenanlagen aus, wenn nicht ganz bestimmte, sehr enge Voraussetzungen vorliegen. Wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen und ein EVU ein solches Unternehmen freiwillig nicht anschließt, könnte die Kartellbehörde das als mißbräuchlich ansehen und dagegen mit einem Bußgeld vorgehen.

Ein EVU wird durch die 5. DVO nicht verpflichtet, nur bei Vorliegen dieser Voraussetzungen ein Unternehmen mit Eigenanlagen zu versorgen. Insofern kann es rechtlich den Forderungen der Kartellbehörde durchaus nachkommen. Damit werden allerdings die Voraussetzungen für einen Anschluß- und Versorgungszwang erheblich erweitert. Die 5. DVO würde, wenn sich ein entsprechender Anspruch aus § 26 Abs. 2 GWB herleiten ließe, für die EVU bedeutungslos werden.

Fraglich ist nun aber, ob die Voraussetzungen der 5. DVO oder ob § 26 Abs. 2 GWB über einen Anschluß- und Versorgungszwang entscheiden. Gilt die 5. DVO, so werden die Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörde beschnitten, umgekehrt verliert die 5. DVO jede Wirkung.

In allen diesen Fällen entstanden durch entgegengesetzte Regelungen der Gesetze oder durch widersprüchliche Anordnungen der Aufsichtsbehörden zwar keine logischen Kollisionen, aber doch erhebliche Ungereimtheiten. Die Gesetze harmonisieren nicht miteinander.<sup>1)</sup> Werden die Ermächtigungen beider Gesetze ohne Rücksicht auf die andere Behörde restlos ausgenutzt, so

---

1) Rupp, NJW 1968/571.

können sich die Behörden gegenseitig jeder Wirkung berauben. Konnte im Bereich des Preiswettbewerbs die Kartellbehörde die Preissetzungsbefugnis völlig verdrängen, so konnte die Fachaufsichtsbehörde alle Bemühungen um eine Förderung des Wettbewerbs durch die Verweigerungen der Genehmigungen nach §§ 4 und 5 EnWG vereiteln. Solche sinnlosen Ergebnisse sollten möglichst vermieden werden. Die verschiedenen Eingriffsmöglichkeiten der Gesetze müssen in der rechtlichen Systematik aufeinander abgestimmt werden. Die Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörde lassen sich nur dann exakt bestimmen, wenn grundsätzlich geklärt werden kann, inwieweit ihre Eingriffsrechte durch die Befugnisse der Fachaufsichtsbehörde beschränkt werden, und inwieweit die Kartellbehörde ihrerseits die Befugnisse der anderen Aufsichtsbehörde beschneidet; kurz, in welchem Verhältnis die einzelnen Aufsichtsbehörden zueinander stehen.<sup>1)</sup>

## II. Die Gesetzesziele als Abgrenzungskriterium für das Verhältnis von Kartellaufsicht zu Fachaufsicht

Die Frage nach dem Verhältnis von Kartellaufsicht und Fachaufsicht kann nicht isoliert von den Gesetzen erörtert werden, die diese Aufsichtsbehörden ins Leben gerufen haben. In diesen Gesetzen sind die Ermächtigungsgrundlagen bereitgestellt worden, die die Behörden für ihr Eingreifen benötigen.

Die Ermächtigungsgrundlagen stehen in einem engen Zusammenhang mit den Aufgaben der Gesetze. Aufsichtsbehörden haben keinen Eigenwert, sondern dienen den Zielen, die ihnen im Gesetz vorgegeben sind.<sup>2)</sup> Sie haben alle Anstrengungen zur Realisierung des Gesetzeszweckes zu fördern und darüber zu wachen,

---

1) Die Frage, inwieweit eine Staatsaufsicht über private Wirtschaftsunternehmen überhaupt zulässig ist, soll hier nicht untersucht werden.

Vgl. dazu Bullinger, VVDStRL Heft 22/264 ff.

2) Stein, Wirtschaftsaufsicht, S. 18/19 f.

daß nicht dem Gesetz zuwider gehandelt wird.<sup>1)</sup> Es sind daher die Ziele des GWB und des EnWG zu untersuchen, damit aus dem Verhältnis der Gesetze zueinander auf das Verhältnis zwischen den Aufsichtsbehörden geschlossen werden kann.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Ziele eines Gesetzes häufig nicht exakt formuliert, sondern nur durch Auslegung zu bestimmen sind. Selbst wenn der Wille des Gesetzgebers klar erkennbar ist, wird dem überwiegend keine allein entscheidende Bedeutung zugemessen.<sup>2)</sup> Der Wille des Gesetzgebers bestimmt nur zusammen mit objektiven, im Gesetz selbst begründeten Momenten den "normativen Gesetzessinn", der durch Auslegung zu ermitteln ist.<sup>3)</sup> Damit ist es möglich, sich in der Anwendung eines Gesetzes an die veränderten Datenkonstellationen der Umwelt seit Erlaß des Gesetzes anzupassen. Eine solche Anpassung kann einmal notwendig werden, wenn der Gesetzgeber die Zweckmäßigkeit einzelner Anordnungen falsch beurteilt hat.<sup>4)</sup> Zum anderen kann ein neues Verständnis der Gesamtrechtsordnung, verbunden mit einer stärkeren Betonung anderer, z.B. freiheitlicherer Grundgedanken, es erzwingen, die Auslegung eines Gesetzes an neuen Kriterien zu orientieren.<sup>5)</sup> Es ist daher insoweit ein Bedeutungswandel des Gesetzes möglich, als sich die Gesetzeszwecke in die Gesamtrechtsordnung einfügen müssen.<sup>6)</sup>

Ferner ist es oft schwierig, die Frage nach den Zielen von der Frage nach den Wegen, auf denen sie erreicht werden sollen, zu trennen. Ist z.B. das Ziel "Schutz der persönlichen Freiheit", so wird aus der Sicht dieses Zieles nicht nur ein Urteil über denkbare Wege gefällt, sondern in der Wahl des Weges

---

1) Bullinger, VVDStRL Heft 22/289.

2) BVerfGE 12/45 ff., S. 56/60/61; BVerfGE 10/234 ff., S. 244; BVerfGE 1/299 ff., S. 312; OVG Münster, Bd. 8/290 ff., S. 293; von Köhler, NJW 1967/2188 ff. mwN.

3) BVerfGE 1/299 ff., S. 312; Larenz, Methodenlehre, S. 241; vgl. auch ForsthoFF, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 152 ff.

4) Larenz, Methodenlehre, S. 250; vgl. dazu auch BVerfGE 18/315 ff., S. 332.

5) Larenz, Methodenlehre, S. 266 ff.

6) Larenz, Methodenlehre, S. 253.

kann bereits das Ziel realisiert werden. Gerade im Wirtschaftsrecht schließt die Frage nach den Zielen die nach den Wegen häufig ein. Daher müssen auch die von den Gesetzen vorgegebenen Wege in die Beurteilung einbezogen werden.

#### a) Die Ziele des GWB

Mit der Verabschiedung des GWB hat sich der Gesetzgeber für den Wettbewerb als den entscheidenden Wirtschaftsordnungsfaktor entschieden. Wettbewerb herrschte zwar auch vor Inkrafttreten des GWB, durch das GWB aber soll dieser Wettbewerb vor Beschränkungen durch die Wettbewerber geschützt werden. <sup>1)</sup>

#### 1. Die anerkannten ökonomischen Ziele des GWB

Nach der "Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen" <sup>2)</sup> stellt das GWB eine "der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft dar". <sup>3)</sup> In einer Marktwirtschaft sollen sich Angebot und Nachfrage nach einem Gut in freier Konkurrenz der Anbieter um den Kunden und der Nachfrager um den Anbieter durch das Instrument des Preises ausgleichen. <sup>4)</sup> Unter Berücksichtigung dieses Hinweises auf die Marktwirtschaft lassen sich folgende Ziele des GWB herauschälen, die durch den Wettbewerb realisiert werden sollen:

- (1) eine ökonomische Ordnungs- und Steuerungsfunktion,
- (2) eine Antriebsfunktion,
- (3) eine Verteilungsfunktion. <sup>5)</sup>

Durch die Steuerungsfunktionen sollen erreicht werden:

- 
- 1) Zu der nur begrenzten Wirksamkeit der Kartellverordnung vom 2.11.1923 vgl. Böhm, Das Problem der privaten Macht, S. 25 ff.
  - 2) Anlage 1 zu BT-Drucksache 1158, 2. Wahlperiode abgedruckt im Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl. S. 1057 ff.
  - 3) Begründung A I, a.a.O., S. 1057.
  - 4) Röpke, Die Lehre von der Wirtschaft, S. 57.
  - 5) Säcker, BB 1967/683 mwN und I. Schmidt, WuW 1966/703.

- (11) eine optimale Faktorallokation, d.h. eine möglichst produktive Verwendung knapper Güter,
- (12) eine erhöhte Flexibilität bei der Anpassung der Produktionskapazitäten an die sich wandelnden Anforderungen,
- (13) eine dauernde Anpassung des Angebots an die Käuferpräferenzen.

Mit Hilfe der Antriebsfunktion soll der Wettbewerb dem gesamten Wirtschaftsleben neue Impulse geben. Wettbewerb soll Triebfeder sein, nicht Ablaufmechanismus.<sup>1)</sup> Durch den Wettbewerb soll der technische Fortschritt gefördert werden<sup>2)</sup>, damit nicht nur der bisherige Versorgungsstand gewahrt, sondern möglichst noch verbessert wird.

Die Verteilungsfunktion soll die Marktpartner entsprechend ihren Marktleistungen an der Einkommensverteilung partizipieren lassen.

Diese Ziele werden in der Gesetzesbegründung zwar nicht klar genannt, liegen aber den Ausführungen zugrunde.<sup>3)</sup> Auch in der Literatur wird diesen ökonomischen Zielen durchweg zugestimmt, nur die Betonung wird unterschiedlich gesetzt.<sup>4)</sup>

## 2. Der Streit um die gesellschaftspolitischen Ziele des GWB

Bestehen neben ökonomischen auch gesellschaftspolitische Ziele, so können die ökonomischen Ziele nur unter gesellschaftspolitischen Nebenbedingungen angestrebt werden.

Die Aussagen über die gesellschaftspolitischen Ziele des GWB sind in der "Begründung" widersprüchlich. Einige Ausführungen deuten darauf hin, daß auch das gesellschaftspolitische Ziel der Wahrung der Freiheit der am Wettbewerbsprozeß Beteiligten

---

1) Röpke, HdSW Bd. 12, S. 32.

2) Begründung, a.a.O., A IV, S. 1058 und A V, S. 1059.

3) Vgl. insbesondere die allgemeinen Erläuterungen der Begründung, a.a.O., A I - A VII, S. 1057 - 1063.

4) Röpke, HdSW Bd. 12, S. 32; Hoppmann, ZBJV, Bd. 102/252/3; Säcker, BB 1967/683; Benisch, WuW 1961/777 mwN.

verfolgt werden soll. <sup>1)</sup> Andererseits wird betont, daß Wettbewerb kein Selbstzweck sei <sup>2)</sup>, sondern überall dort eingeschränkt werden könne, wo er nicht das beste Mittel zur Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung sei. Die ökonomische Effizienz wäre danach das entscheidende Kriterium, gegenüber der auch die mit Wettbewerbsbeschränkungen verbundene Minderung der Freiheit in Kauf genommen wird. Aus der Begründung läßt sich die Frage nach den gesellschaftspolitischen Zielen daher nicht beantworten.

Einen starken Einfluß auf die Verabschiedung und Formulierung des GWB übte die sogenannte Freiburger Schule <sup>3)</sup> aus. <sup>4)</sup> Für diese "Neoliberalen" wird mit der Einführung des Wettbewerbs als Wirtschaftsordnung gleichzeitig ein Teil einer umfassenderen Gesellschaftsordnung realisiert. <sup>5)</sup> Maßstab einer solchen Ordnung soll nicht allein eine optimale, wirtschaftliche Effizienz sein, sondern vor allem die Würde und Freiheit des Menschen. <sup>6)</sup> Daher müsse auch innerhalb der Wirtschaftsordnung die individuelle Freiheit geschützt sein. Gerade diese Freiheit, die erst im 18. und 19. Jahrhundert dem absoluten Staat abgerungen worden sei <sup>7)</sup>, würde heute durch private, sich unter Mißachtung der Freiheitssphären anderer bildende Macht, durch das Kollektiv und nicht zuletzt durch den Staat bedroht. <sup>8)</sup> Dieser Bedrohung müsse durch einen vom Staat zu schaffenden Ordnungsrahmen begegnet werden, innerhalb dessen durch eine Beschränkung der Mächtigen das relative Gleichgewicht zugunsten der Machtlosen im Interesse der Freiheit wieder-

---

1) Vgl. Begründung, a.a.O., A I, S. 1057; A IV, S. 1058 und 1059; A V, letzter Absatz S. 1060.

2) Begründung, a.a.O., A V, S. 1059.

3) Dazu gehören u.a. Eucken, Böhm, Erhard, Miksch, Röpke. Vgl. Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft, S. 19.

4) Müller-Herneck im Gemeinschaftskommentar, Einführung II, S. 51; Rasch-Westrick, S. 19.

5) Biedenkopf, Kartellverbot, S. 26; Säcker, BB 1967/684; Böhm, Wirtschaftsordnung, S. 51.

6) Röpke, Jenseits von Angebot und Nachfrage, S. 146; Böhm, ORDO III, S. XV ff.

7) Dazu zählt auch die wirtschaftliche Freiheit. Vgl. die Unterscheidung bei Böhm, Monopolkampf, S. 155 ff.

8) Eucken, Wirtschaftspolitik, S. 177; Mestmäcker, JZ 1964/445.

hergestellt werden. Denn es könne keine Freiheit herrschen, wenn ein Partner so übermächtig sei, daß er dem anderen seinen Willen aufzwingen könne. Eine Wettbewerbsordnung dient nach den Neoliberalen in erster Linie dem Ziel, "eine der Bindung durch Gleichheit unterworfenen Freiheit" <sup>1)</sup> im Bereich der Wirtschaft zu realisieren. <sup>2)</sup>

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch H.C. N i p p e r d e y . <sup>3)</sup> Er will den Schutz der Freiheit des einzelnen in der Wirtschaft allerdings direkt dem Grundgesetz entnehmen. Durch das Grundgesetz soll bereits die soziale Marktwirtschaft konstituiert worden sein. <sup>4)</sup> Das Grundgesetz enthält jedoch keine Vorschrift über die Form der Wirtschaftsordnung. <sup>5)</sup> Es ist nur ein Schluß aus anderen Artikeln und deren Zusammenhang möglich.

Da das Grundgesetz zu Fragen der Wirtschaftsverfassung schweigt, kann die Frage nicht lauten: Welche Wirtschaftsverfassung liegt dem Grundgesetz zugrunde? Sie kann nur heißen: Welche aller möglichen Wirtschaftsverfassungen sind mit dem Grundgesetz vereinbar, welche sind es nicht?

Diese andere Fragestellung läßt zumindest theoretisch Alternativen zur sozialen Marktwirtschaft zu. Zwar wird das Grundgesetz nicht jede Wirtschaftsform akzeptieren, wenn durch sie die Grundrechte allzu sehr eingeschränkt werden, aber es ist auch nicht nur eine einzige Wirtschaftsform mit dem Grundgesetz vereinbar. <sup>6)</sup>

Festzuhalten bleibt daher, daß nach N i p p e r d e y eine Wirtschaftsordnung die Freiheit des einzelnen gewährlei-

---

1) Biedenkopf, Kartellverbot, S. 32; vgl. auch Paul, DÖV 1965/124 und Merz, Festschrift für Böhm, S. 257.

2) Müller/Gries/Giessler, § 1/55.

3) In: Soziale Marktwirtschaft.

4) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft, S. 21.

5) Huber, E.R., DÖV 1956/100/101; Maunz-Dürig, Art. 2/44, S. 40.

6) BVerfG 4/7 ff. 17 (Investitionshilfeurteil).

sten muß. 1)

Im Gegensatz zu diesen Meinungen, die den gesellschaftspolitischen Aufgaben eine bedeutende Stellung zumessen, wird die Institutionalisierung einer Wettbewerbsordnung aber auch ausschließlich ökonomisch motiviert. Der Wettbewerb dient danach nur als Steuerungsinstrument für den Wirtschaftsablauf, ist also nur der Weg, auf dem das Ziel der optimalen Versorgung erreicht werden soll. Wettbewerb wird anderen Wirtschaftsordnungen deswegen vorgezogen, weil die erwünschten gesamtwirtschaftlichen Funktionen automatisch erfüllt werden. 2) Es erübrigen sich aufwendige, staatliche Verwaltungsapparate; die Lenkung übernimmt eine "invisible hand". 3)

Interdependenzen zwischen Freiheit und Wettbewerbsordnung werden jedoch von niemandem bestritten. 4) So seien "Wettbewerb als Institution und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit zwei Seiten ein und derselben Medaille" 5); daraus folge aber nicht auch, daß die Erhaltung eines optimalen Freiheitsbereichs Ziel des GWB sei. Soweit die Freiheit Begleiterscheinung des Wettbewerbs sei, könne sie auch mittels eines reinen Rechtsreflexes geschützt werden. 6) Der Zwang zum Wettbewerb habe dann die - mehr unbeabsichtigte - Folge der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen. Im Vordergrund sollen aber immer die volkswirtschaftlichen Ergebnisse des Wettbewerbs stehen. 7) Ziel einer Wettbewerbsordnung sei es danach allein, als Steuerungsinstrument der Wirtschaft für einen größtmöglichen

---

1) Nipperdey, a.a.O., S. 62.

2) So ausdrücklich Kantzenbach, Erwiderung, JNSt, Bd. 181/211.

3) Dieser Ausdruck stammt von Adam Smith, The Wealth of Nations, 1776.

4) Kantzenbach, Konzept, JNSt 181/201 ff.

5) Griesbach, BB 1962/1013; vgl. auch Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, Einführung IV, S. 64 und Benisch, WuW 1961/772.

6) Würdinger, WuW 1953/726.

7) Diese Meinung vertreten u.a.: Frankfurter Kommentar § 35/19; Ballerstedt, JZ 1956/271; Strickrodt, WuW 1957/81; Sauter, Der Begriff "Wettbewerb", S. 108.

Nutzen der Gesamtheit zu sorgen. <sup>1)</sup>

Zwischen diesen konträren Ansichten liegt genügend Spielraum für eine dritte, vermittelnde Meinung. Danach dienen der Wettbewerb und seine Institutionalisierung im GWB sowohl der Erreichung bester ökonomischer Ergebnisse als auch der Sicherung der Freiheit. <sup>2)</sup> Unterschiede bestehen allerdings in der Frage nach dem Verhältnis von gesellschaftspolitischer und ökonomischer Bedeutung. So ist nach K o e n i g s <sup>3)</sup> die Freiheitsgarantie ein eigenständiger Zweck, um die politische Freiheit durch die wirtschaftliche Freiheit zu sichern. B r u g g e r <sup>4)</sup> betont dagegen die Wechselwirkung zwischen beiden Zielen, die er als "soziales Zuordnungsverhältnis" bezeichnet, ohne jedoch auf die konkrete Ausgestaltung näher einzugehen. Auch G ü n t h e r will beide Ziele miteinander verbinden, weil sie einander bedingen. <sup>5)</sup> Er entscheidet sich aber nicht für eine Rangordnung der Ziele. Vielmehr sei zwischen den Werten abzuwägen, die durch eine so verstandene Wettbewerbsordnung geschaffen werden. <sup>6)</sup> Während sich G ü n t h e r immer den Entwicklungen der Wettbewerbstheorie angepaßt hat <sup>7)</sup>, zieht sich das gesellschaftspolitische Ziel der Wahrung der Freiheit wie ein roter Faden durch seine Reden und Aufsätze.

Auch nach F i k e n t s c h e r <sup>8)</sup> ist der Wettbewerb sowohl als Institution als auch um der Freiheit des einzelnen willen geschützt. Kollisionen können nur über eine Abwägung der Schutzgüter gelöst werden.

Nach L u k e s <sup>9)</sup> schützt das Gesetz den Wettbewerb nicht um seiner selbst willen, sondern wegen der dahinter-

---

1) Benisch, WuW 1961/777; Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, Einführung IV, S. 65/66 mwN; ablehnend Knöpfle, Wettbewerb, S. 196.

2) So vor allem Günther in zahlreichen Beiträgen z.B. WuW 1964/117; ZHR 125/49 ff.; WuW 1961/756.

3) NJW 1961/1041.

4) WuW 1959/470.

5) WuW 1964/117.

6) In: ZHR 125/49/50.

7) Z.B. ZHR 125/46; WuW 1964/112; WuW 1967/91 ff.

8) In: Wettbewerb, S. 231.

9) In: Kartellvertrag, S. 129/130.

stehenden Einzelzwecke, wie z.B. der optimalen Bedürfnisbefriedigung für den einzelnen. Der Schutz des Wettbewerbs als Institution dient letztlich dem Schutz der einzelnen.

Die Frage nach dem Schutz der Freiheit ist von großer praktischer Bedeutung. Der Eingriffsbereich der Kartellbehörde wird erheblich erweitert, wenn es auch die Freiheit zu schützen gilt. <sup>1)</sup> Daraus könnten sich dann auch Rückwirkungen auf den Umfang der energiewirtschaftlichen Fachaufsicht ergeben.

### 3. Analyse des Verhältnisses von ökonomischen und gesellschaftspolitischen Zielen des GWB

Die Normen des GWB regeln in erster Linie wirtschaftliche Tatbestände. Wäre die Freiheit neben der durch das GWB institutionalisierten Wettbewerbsordnung gleichrangiges Ziel, müßte sich ihr Schutz entweder aus dem Gesetz unmittelbar, aus einem zwingenden Zusammenhang oder im Wege der Auslegung ergeben.

Eine unmittelbare Aussage über den Schutz der Freiheit findet sich im Gesetz nirgends.

#### 31. Der notwendige Zusammenhang zwischen Wettbewerb und Freiheit

Ein direkter Zusammenhang wäre dann gegeben, wenn das allgemein anerkannte Ziel des GWB - die optimale Versorgung - ohne ein gewisses Mindestmaß an Freiheit nicht zu erreichen wäre. Eine solche Verbindung besteht in zwei Fällen.

#### 311. Die Freiheit von Pressionen durch den Marktgegner

Wichtigstes Steuerungsmittel des Wirtschaftsgeschehens in einem Wettbewerbssystem ist der Preis. Dieser wird seinerseits von Angebot und Nachfrage bestimmt. <sup>2)</sup> Die Marktteilnehmer können den Preis nur mittelbar über Veränderungen von Angebot oder Nachfrage beeinflussen. Die Höhe des neugebil-

---

1) Müller/Gries/Giessler, § 1/56.

2) Röpke, Die Lehre von der Wirtschaft, S. 194/195.

deten Preises hängt dann von der jeweiligen Reaktion der Markt-genseite ab. Ein solches Preissystem erfüllt seine Funktionen <sup>1)</sup> nur, wenn alle Marktteilnehmer ihre Aktionsparameter frei setzen können. <sup>2)</sup> Zwar bestehen zwischen beiden Marktseiten immer Interdependenzen, durch die die Handlungsweise der Marktteilnehmer beeinflußt wird; hat aber ein Wirtschafts-subjekt die Macht, seinen Marktpartnern ein ganz bestimmtes Verhalten vorzuschreiben, so wird nicht nur deren individuelle Freiheit beschränkt, sondern auch der auf dem Gedanken des äquivalenten Tausches beruhende Marktmechanismus auf lange Sicht außer Kraft gesetzt. <sup>3)</sup> Die Anreiz- und Steuerungsfunktion wird beseitigt, wenn ein Unternehmer seinen Absatz allein durch Marktmacht sichern kann. Innovationen, um zusätzliche Nachfrage zu gewinnen, werden überflüssig. Da sich der Absatz nicht nach den Wandlungen der Nachfrage zu richten braucht, wird oft nicht für, sondern am Markt vorbei produziert werden. Die Anpassung an die Wünsche der Nachfrager wird jedenfalls verlangsamt.

Eine Wettbewerbsordnung muß also, um wirtschaftlich effizient zu sein, auch den Bestand dieses Bereichs der Freiheit garantieren. <sup>4)</sup> Diese Freiheit muß sich mindestens auf die Wahl des Vertragspartners, die inhaltliche Ausgestaltung und den Abschluß des Vertrages erstrecken. Insoweit besteht zwischen Wettbewerbsordnung und Freiheit ein notwendiger Zusammenhang, der den Schutz der Freiheit erforderlich macht.

### 312. Die Freiheit zum Marktzutritt

Der besondere Anreiz einer Wettbewerbsordnung liegt gerade darin, daß einzelne Wettbewerber durch Innovationen einen Vor-

---

1) Diese sind:

- a) den Markt beim Gleichgewichtspreis zu räumen,
- b) die Änderung der Marktdaten anzuzeigen und eine schnelle Anpassung zu ermöglichen,
- c) das Sozialprodukt zu verteilen und damit die Einkommen zu bilden.

2) Schönauer, Marktprozesse, S. 10 ff., 12.

3) Mestmäcker, JZ 1964/443; kritisch dazu Knöpfle, Wettbewerb, S. 212/213.

4) So im Ergebnis auch Baumbach-Hafermehl, Allg. J, RZ 12.

sprung vor ihren Konkurrenten erzielen können <sup>1)</sup>, durch den ihr Gewinn erhöht wird. Dieser überdurchschnittliche Gewinn lockt andererseits nachahmende Unternehmer <sup>2)</sup>, die an den hohen Gewinnen partizipieren wollen, auf diesen Markt. Der Pionierunternehmer <sup>2)</sup> muß dann weitere Anstrengungen machen, um seine Stellung zu behaupten. Auf lange Sicht wird der Wettbewerb zwischen Pionierunternehmern und imitierenden Unternehmern zu einer ständigen Aufwärtsentwicklung führen. Ist den imitierenden Unternehmern aber der Zutritt zum Markt versperrt, dann bedarf es für den Pionierunternehmer keiner weiteren schöpferischen Leistung mehr. Seine Stellung kann durch keinen "newcomer" gefährdet werden. Damit fehlt der Zwang, der zu weiterem Fortschritt notwendig wäre. <sup>3)</sup> Wettbewerb soll aber immer Anreiz geben, sei es um Innovationsgewinne zu erzielen oder aus Furcht, aus dem Markt gedrängt zu werden. Ohne freien Marktzutritt wird der Markt erstarren, der Wettbewerb seine Ziele verfehlen. <sup>4)</sup>

Der Bereich dieser Freiheit des Marktzutritts ist zwar theoretisch sehr weit, in der Praxis jedoch recht eng, da es meistens an finanziellen und sachlichen Voraussetzungen fehlt. Hinzu kommt, daß ein "newcomer" häufig mit Verdrängungs- oder Behinderungstaktiken der Konkurrenten zu rechnen hat, die ihre Marktposition gegen den Eindringling behaupten wollen. Trotzdem sollte die Wirkung des freien Marktzutritts nicht unterschätzt werden. Je höher die Differentialrenten in einem Markt sind, um so wahrscheinlicher werden große, finanzstarke Unternehmen in diesen Markt drängen. Schon diese Gefahr reicht in vielen Fällen aus, die Ausnutzung der Marktstellung durch überhöhte Gewinne zu verhindern. <sup>5)</sup>

---

1) Arndt, Schöpferischer Wettbewerb, S. 35 ff., 42.

2) Zum Begriff vgl. Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 10 im Anschluß an Schumpeter.

3) Arndt, Schöpferischer Wettbewerb, S. 93.

4) Vgl. zum Pleiopol Machlup, Wettbewerb im Verkauf, S. 98 ff.; ders., HdSW Bd. 12, S. 42 ff.

5) Machlup, HdSW Bd. 12, S. 43.

Fehlt aber der mit dem freien Marktzutritt verbundene Antrieb, so kann die Wettbewerbsordnung auf Dauer keine optimale Versorgung gewährleisten. Daher muß mit einem Wettbewerbssystem notwendig das Recht auf freien Marktzutritt, mit anderen Worten das Recht zu freien Initiativen verbunden sein.

Der freie Marktzutritt und die Entschließungsfreiheit des Marktpartners sind zwingend mit einer Wettbewerbsordnung verbunden, soll sie auf Dauer funktionsfähig sein. Insoweit kann sicher von der Freiheit als Schutzgut des GWB gesprochen werden.<sup>1)</sup> Aus der Sicherung dieses Minimums läßt sich aber nicht auch auf einen umfassenden Schutz der Freiheit schließen. Die Freiheit ist hier nur Mittel, nicht Selbstzweck. Es soll nur der Weg gesichert werden, auf dem das unbestrittene Ziel der optimalen Versorgung zu erreichen ist. Ob über dieses Minimum hinaus die Freiheit weiterhin geschützt wird, kann daher nur durch Auslegung des Gesetzes ermittelt werden.<sup>2)</sup>

## 32. Die Freiheit als selbständiges Schutzgut des GWB

### 321. Formale Abgrenzungsprobleme

Soll die Sicherung der individuellen Freiheit ebenfalls Schutzgut des GWB sein, so ist wichtigste formale Voraussetzung, daß sich dieses Ziel operational formulieren läßt. Es muß klar sein, wessen und welche Freiheit gemeint ist, da sonst der Willkür einer Aufsichtsbehörde keine Grenzen gesetzt sind. Das Rechtsstaatsprinzip erfordert aber die Meßbarkeit und Voraussehbarkeit der staatlichen Machtäußerung.<sup>3)</sup>

Die an einer Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten geben freiwillig ganz oder teilweise ihre Entschließungsfreiheit auf. Sie würden daher eher von einer "Pflicht zur Freiheit" denn von einem Recht auf Freiheit reden.<sup>4)</sup> Diesem Personenkreis die Freiheit

---

1) Das erkennt Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S. 13; ders., Konzept, JNSt, Bd. 181/196/201; a.A. Hoppmann, Funktionsfähigkeit, JNSt, Bd. 181/252.

2) Leo, WuW 1959/491/492.

3) BVerfG, NJW 1959/931.

4) Leo, WuW 1959/491/492.

wider ihren Willen zu wahren, kann nicht Zweck des GWB sein. <sup>1)</sup>

Die Freiheit der Außenseiter, d.h. der Wirtschaftssubjekte, die auf der gleichen Wirtschaftsstufe stehen, aber nicht an den Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt sind, wird im GWB durch die §§ 25/26/27 besonders geschützt. <sup>2)</sup> Wenn diese Schutznormen nicht ausreichen, muß eine Erweiterung des Schutzes durch Rückgriff auf den Sinn und Zweck des Gesetzes möglich sein.

Die von einer Wettbewerbsbeschränkung Betroffenen sind die einzige Gruppe aller am Wettbewerb Interessierten, die weder durch eine Regelung wie bei den Außenseitern noch durch ihre eigene Marktmacht vor Mißbräuchen anderer geschützt wird. Schließen sich z.B. einige Anbieter zusammen und beschränken das Angebot auf nur wenige Typen in nur wenigen Qualitätsklassen, so ist ein Abnehmer in der Regel gezwungen, sich danach zu richten. Oder sollen aufgrund einer von den Nachfragern vereinbarten Typung oder Normung nur noch bestimmte Fabrikationsmethoden erlaubt sein, ohne daß diese Beschränkung auf Qualitätsunterschieden beruht, so werden die Anbieter nicht genormter Erzeugnisse praktisch vom Markt gedrängt. <sup>3)</sup> Neben den Außenseitern können also die Betroffenen Subjekte eines zu konkretisierenden Freiheitsschutzes sein. <sup>4)</sup>

Der allgemeine Begriff der Freiheit wird für den Bereich der Wirtschaft eingegrenzt, indem von der Freiheit der "wirtschaftlichen Betätigung" <sup>5)</sup>, der "wirtschaftlichen Chance und Verbrauchswahl" <sup>6)</sup> oder der "Entfaltungsfreiheit" gesprochen wird. <sup>7)</sup> Keiner dieser Begriffe umfaßt den zu schützenden Tatbestand jedoch vollständig und überschneidungs-

---

1) Benisch, im Gemeinschaftskommentar, § 35/5 mwN.

2) Vgl. Bartholomeyczik, im Gemeinschaftskommentar, Vorbemerkungen zu §§ 22 - 24/11.

3) Machlup, ORDO XVIII, S. 53.

4) Lukes, Kartellvertrag, S. 186/188; a.A. Benisch, WuW 1961/771.

5) Lukes, Kartellvertrag, S. 188; ferner Baumbach-Hefermehl, Allg. I/RZ 12.

6) Knöpfle, Wettbewerb, S. 212.

7) Vgl. die Zusammenstellung bei Benisch, WuW 1961/771 ff.

frei. 1) So lassen alle Begriffe die überaus schwierige Frage ungelöst, wieweit Beeinträchtigungen wettbewerbskonform oder noch tragbar sind und wo die Schwelle liegt, jenseits derer der Wettbewerber mit Sanktionen zu rechnen hat.

Angesichts der Vielfalt der wirtschaftlichen Erscheinungen erscheint es wenig sinnvoll, nach e i n e m Begriff zu suchen, der alle unzulässigen Freiheitsbeschränkungen umfaßt und sie praktikabel gegen die zulässigen abgrenzt. 2) Selbst nur auf Teilbereiche bezogene Begriffe werden meist zu abstrakt und damit kaum aussagekräftig sein.

Erfolgversprechender scheint ein Ansatz von R. L u k e s 3) zu sein. Da eine Wettbewerbsordnung auf Interdependenzen zwischen den Marktteilnehmern beruht, diese sich aber täglich ändern, ist es unmöglich, den Bereich der zu schützenden Freiheit ein für allemal festzulegen. Es ist hingegen sehr wohl möglich, einige besonders typische Einwirkungen auf die wirtschaftliche Freiheit zu bestimmen, die ausgeschlossen sein sollen. Die katalogisierten Einwirkungen bilden die Grenze, 4) bis zu der die Marktteilnehmer höchstens vorstoßen dürfen. 4) Innerhalb dieser Grenzen unterlägen sie dann keinen weiteren Verboten.

Mit dieser Methode wird der Schutzbereich der Freiheit nicht positiv, sondern nur negativ abgegrenzt. Dem einzelnen Wettbewerber wird damit innerhalb dieses Rahmens die wirtschaftliche Freiheit gewährleistet. 5)

Der allgemeine Begriff der Freiheit wäre damit hinreichend konkretisiert. Eine so bestimmte Freiheit könnte auch Schutzgut des GWB sein. Formale Bedenken gegen die Anerkennung der

---

1) Benisch, WuW 1961/771 ff. mwN.

2) Zu den Schwierigkeiten einer praktikablen Abgrenzung vgl. Hoppmann, Festschrift für Wessels, S. 175.

3) In: Festschrift für Böhm, S. 223.

4) Hoppmann, ORDO XVIII, S. 86/93.

5) Lukes, Festschrift für Böhm, S. 224/225.

Freiheit als Schutzgut des GWB bestehen also nicht.

322. Die Ermittlung des Schutzgutes durch Auslegung  
des GWB

Da das GWB über den Schutz der Freiheit nichts aussagt und auch die Vorstellungen des Gesetzgebers, wie sie sich aus den Materialien ergeben, widersprüchlich sind, kann sich eine Auslegung nur an dem Gesetzeszweck, der in den Rahmen aller rechtlichen Zwecke einzuordnen ist, orientieren. <sup>1)</sup> Dabei sind meines Erachtens folgende Erwägungen ausschlaggebend:

(1) Wettbewerb ist ohne ein Minimum an Freiheit nicht denkbar. Es ist aber kaum vorstellbar, daß einzig dieses notwendige Minimum herrscht, jenseits dieser Grenze aber die Freiheit beschränkt ist. Wettbewerb insgesamt setzt eine freiheitliche Grundordnung voraus. <sup>2)</sup> Diese Grundordnung ist mit dem Grundgesetz vorgegeben. Wenn aber die Grundordnung freiheitlich ist, so werden sich auch die darauf basierenden Teilordnungen im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung dieser freiheitlichen Grundordnung anpassen müssen. Das Bild der Gesamtordnung spricht für einen Schutz der Freiheit.

(2) Dafür spricht weiter, daß die Wettbewerbsordnung als solche keinen Selbstzweck darstellt. <sup>3)</sup> Keine Institution wird um ihrer selbst willen errichtet. <sup>4)</sup> Soll ausschließlich die Versorgung der Menschen verbessert werden, so ist das Idealziel eine "Schöne neue Welt". <sup>5)</sup> Eine derart optimal versorgte Welt im Sinne H u x l e y s wünscht sich sicher niemand. Im Mittelpunkt auch der Wirtschaftsordnung darf nicht die Institution, sondern muß der Mensch stehen.

(3) Freiheit läßt sich nicht auf einzelne Lebensbereiche beschränken. So ist z.B. die Freiheit in der Kunst und in der

---

1) Larenz, Methodenlehre, S. 250 ff.

2) Merz, Festschrift für Böhm, S. 234.

3) Lukes, Kartellvertrag, S. 185.

4) Hoppmann, Schutzobjekt, a.a.O. S. 103.

5) Aldous Huxley, Brave New World, 1930.

Politik nicht gewährleistet, wenn die Betroffenen mit ökonomischem Zwang zu rechnen haben. <sup>1)</sup> Es ist Günther zuzustimmen, daß die gesamte sittliche und kulturelle Entwicklung beeinflußt wird, wenn die Freiheit nicht auch in einem so wichtigen Lebensbereich wie dem der Wirtschaft gewährleistet ist. <sup>2)</sup>

(4) Auch ein Blick auf die Entstehungsgeschichte und auf die dem GWB zugrunde liegenden Ideen spricht für die Anerkennung eines Freiheitsschutzes. So waren es einmal die Vertreter der Freiburger Schule, die einen erheblichen Einfluß auf die Ausgestaltung des GWB gehabt haben. <sup>3)</sup> Zum anderen hat das amerikanische Anti-Trust-Recht bei der Schaffung des GWB Pate gestanden. <sup>4)</sup> Die Wurzeln des Anti-Trust-Rechts gründen vornehmlich in der Sicherung der individuellen Freiheit. <sup>5)</sup>

Der Schutz der Freiheit ist also zum Teil Vorbedingung, zum anderen Teil ideale Ergänzung der Wettbewerbsordnung <sup>6)</sup> unter Berücksichtigung der Gesamtrechtsordnung. Meines Erachtens zwingen diese Gründe dazu, neben dem Ziel der optimalen Versorgung den Schutz der individuellen Freiheit als gleichberechtigtes Ziel anzuerkennen. Es ist allerdings zu bedenken, daß sich beide Ziele nicht immer überschneidungsfrei anstreben lassen. Da die Versorgung mit Lebensmitteln, Energie und sonstigen Gütern existenznotwendig ist, wird das Ziel der optimalen Versorgung oftmals ein natürliches Übergewicht haben. Insoweit müssen bei einem Zielkonflikt die Gründe abgewogen werden, die für einen Vorrang des einen vor dem anderen Ziel sprechen. Jedoch kann keineswegs generell für ein Ziel eine Vorrangstellung angenommen werden, sondern es ist möglichst ein Gesamt optimum anzustreben. <sup>7)</sup>

---

1) Eckel, Das Kartell, S. 293.

2) In: WuW 1961/756; WuW 1964/117; ferner in: F.A.Z. vom 23.1. 1968, S. 14.

3) Hoppmann, Schutzobjekt, a.a.O. S. 94.

4) Rasch-Westrick, S. 142.

5) Würdinger, WuW 1953/725.

6) Hoppmann, ORDO XVIII, S. 91.

7) Günther, 10 Jahre BKA, S. 12.

### 33. Die Form des Freiheitsschutzes

Ein Freiheitsschutz gewinnt nur dann Bedeutung, wenn er auch wirksam durchgesetzt werden kann. Der Erfolg einer auf die Verletzung der Freiheit gestützten Klage ist allerdings zweifelhaft. Der entstandene Schaden kann nur sehr schwer und der Bereich der geschützten Freiheit nur in den äußersten Grenzlinien bestimmt werden. Daher ist das Risiko eines sich meist lang hinziehenden Rechtsstreites für den Beklagten nur gering.

Soll die Freiheit wirksam geschützt werden, muß bei den Ursachen angesetzt werden, die die Freiheit bedrohen.

Je mehr die Unternehmen in den letzten Jahrzehnten von staatlichem Befehl und hoheitlicher Kontrolle frei wurden, um so leichter konnten sie private Macht erwerben. Solange die private Macht nur gering war und durch eine entsprechende Kontrolle der Marktgegenseite neutralisiert wurde, erwuchs aus ihr keine Bedrohung. Fällt aber diese Kontrolle weg, sind der Ausnutzung der Macht keine Grenzen gesetzt. <sup>1)</sup>

Die Hoffnung ist nur gering, daß diese Machtgebilde nicht mehr ihre individuellen Ziele verfolgen, sondern einzig dem Gesamtwohl dienen wollen. <sup>2)</sup> Moderne Wirtschaftsunternehmen haben bereits eine Größe erreicht und damit ein Eigenleben entwickelt, das manche von ihnen zu einem Staat im Staate gemacht hat. <sup>3)</sup> Wegen ihrer Größe sind so viele Menschen von dem Unternehmen abhängig, daß ein Zusammenbruch dieser Giganten unter allen Umständen vermieden werden muß, um nicht schwere soziale Probleme aufzuwerfen. So tragen diese Unternehmen eigentlich nur noch das Gewinnrisiko, während die Verlustgefahr letztlich auf die Allgemeinheit abgewälzt, also sozialisiert wird. <sup>4)</sup>

Ganz im Gegensatz zu diesen weitgehenden Vergünstigungen der Großunternehmen stehen ihre Pflichten. Der Anwendung ihrer Macht sind so gut wie keine Grenzen gesetzt. Soll die Freiheit der

---

1) Böhm, Das Problem der privaten Macht in: Reden und Schriften, S. 34; Eucken, Wirtschaftspolitik, S. 52.

2) Böhm, Monopolkampf, S. 159.

3) Galbraith, Industriegesellschaft, S. 93.

4) Aus der jüngsten Vergangenheit siehe die Beispiele Krupp, Schulte & Dieckhoff und den Rheinstahl-Plan.

Betroffenen gewahrt werden, so muß bei diesem Machtgebilde angesetzt werden. Wie in den letzten Jahrhunderten die Ausübung der staatlichen Macht gebunden, kanalisiert wurde, ohne sie letztlich zu beschränken, so muß auch die wirtschaftliche Macht Bindungen unterworfen werden. Es kann nicht der Sinn der Bindung staatlicher Macht sein, den Menschen gleichzeitig einer völlig unkontrollierten privaten Macht auszusetzen, deren Eingriffe genau so hart sein können, denen aber nicht begegnet werden kann. <sup>1)</sup>

Die Erkenntnis dieser Gefahr mögen N i p p e r d e y und das BAG dazu bewogen haben, im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Drittwirkung der Grundrechte anzunehmen. Auf diese Weise wurden der Ausübung wirtschaftlicher Macht Schranken gesetzt.

Dieser Gedanke sollte konsequent weiter verfolgt werden. Da moderne Großunternehmen mit ihrer Ballung privater Macht immer staatenähnlicher werden, müssen für sie auch die gleichen Grundsätze bezüglich der Ausübung ihrer Macht gelten. Wie staatliche Macht durch das Grundgesetz und andere Institutionen <sup>2)</sup> begrenzt wurde, so müssen für private Machtgebilde ebenfalls Beschränkungen in der Ausübung dieser Macht gelten.

Für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer innerhalb der Unternehmen kann eine dieser Schranken im Arbeitsrecht gesehen werden.

Im Außenverhältnis könnte das Kartellrecht diese Schutzfunktion übernehmen. Durch die Förderung des Wettbewerbs soll möglichst die Bildung privater Macht vermieden werden. Ist private Macht aber einmal entstanden, so soll sie einer Mißbrauchsaufsicht unterworfen sein, die die Ausübung der Macht begrenzt.

Die Freiheit der Betroffenen kann also nur über eine Bindung derjenigen Macht gesichert werden, die in diese Freiheit eingreift. Eine solche Bindung der Macht, die beim Staat liegt,

---

1) Böhm, Das Problem der privaten Macht, in: Reden und Schriften, S. 44. Vgl. auch Merz, Festschrift für Böhm, S. 276. Schmittner, AuR 1968/353.

2) Wie Verwaltungsverfahren und unabhängige Gerichtsbarkeit

selbstverständlich ist, muß auch bei privater Macht möglich sein. Nur wenn es gelingt, den mißbräuchlichen Einsatz dieser Macht zu verhindern, kann eine Wettbewerbsordnung auf Dauer erfolgreich sein.

b) Die Ziele des EnWG und des Preisrechts

1) Die Ziele des EnWG

Die Zweckbestimmung des EnWG hat bei der Verabschiedung des Gesetzes in der Präambel Ausdruck gefunden. <sup>1)</sup> Nach der Aufzählung einzelner Ziele und Maßnahmen wird dort gesagt, daß "... durch all dies die Energieversorgung so sicher und billig wie möglich zu gestalten sei ...". Damit wird das Hauptanliegen des EnWG genannt, das auch in der amtlichen Begründung noch einmal unterstrichen wird. Mit Hilfe des Instrumentariums dieses Gesetzes sollten nach Ansicht des damaligen Gesetzgebers die Grundforderungen der Volkswirtschaftspolitik erfüllt werden: möglichst wirtschaftliche Produktion, möglichst soziale Verteilung des Produktionsertrages und Sicherstellung der Energieversorgung. <sup>2)</sup>

Auch ohne Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens weist die Auslegung der einzelnen Vorschriften auf das Ziel der billigen und sicheren Versorgung hin. Die §§ 3/4 Abs. 1/5 EnWG sichern die Transparenz aller Vorgänge auf dem Energiesektor, um bei Fehlplanungen rechtzeitig einschreiten zu können. § 6 EnWG normiert im Grundsatz einen Kontrahierungszwang. Nach § 7 EnWG können die Preise und die AVB von der Aufsichtsbehörde modifiziert werden, um eine mißbräuchliche Gestaltung verhindern zu können. <sup>3)</sup> Die §§ 4 Abs. 2/8/13 Abs. 1 EnWG sehen Eingriffsbefugnisse vor, durch die die Versorgung sichergestellt werden soll. In § 13 Abs. 2 EnWG wird

---

1) Zwar dürfen nach Art. II Nr. 6 MRG 1 national-sozialistische Gesetzesvorsprüche nicht unmittelbar zur Auslegung herangezogen werden, Eiser-Riederer-Sieder I, S. 22. Das hindert aber nicht, sie als Dokumentation des gesetzgeberischen Willens anzusehen. Börner, VEnergR 10/9 und Immenga, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 253.

2) Abgedruckt bei Eiser-Riederer-Sieder I, S. 11.

3) Darge-Melchinger-Rumpf, I. Teil, S. 16.

auf die Berücksichtigung des jeweiligen Standes der Technik hingewiesen, aus der eine "Rechtspflicht zum technischen Fortschritt" <sup>1)</sup> entnommen wird.

Das Ziel der sicheren und billigen Versorgung ist aber so allgemein und vage gefaßt, daß es nicht schwerfällt, nahezu jede Vorstellung hineinzuzinterpretieren. So läßt sich von diesem Ziel her die bevorzugte Verwendung der billigen Primärenergie Erdöl ebenso ableiten wie die ausschließliche Verwendung heimischer Energien, um im Notfall nicht auf Importe angewiesen zu sein.

Sinnvoller ist es, den Weg zu betrachten, auf dem dieses Ziel erreicht werden soll. Das EnWG soll eine planende und gestaltende Einflußnahme des Staates erlauben. <sup>2)</sup> Damit soll eine direktere Lenkung der Energiewirtschaft <sup>3)</sup> durchgesetzt werden als durch die weitgehende Beteiligung der öffentlichen Hand an den EVU <sup>4)</sup> ohnehin bereits möglich war. In diesem verstärkten Dirigismus sah der Gesetzgeber von 1935 die einzige Garantie für die Zielverwirklichung, wenn auch betont wurde, daß die freien Entfaltungsmöglichkeiten der Unternehmer so weit wie möglich gewahrt werden sollen.

---

1) Püttner, Kommunale Energieversorgung, S. 31.

2) Vgl. die Präambel zum EnWG.

3) Eiser-Riederer-Sieder I, S. 123.

4) Dieser kapitalmäßige Einfluß des Fiskus ist auch heute noch sehr stark. Unternehmen der öffentlichen Hand und sog. gemischtwirtschaftliche Unternehmen, die zu mehr als 25 % in staatlichem Besitz sind, erbringen im Rahmen der öffentlichen Elektrizitätsversorgung 97,3 % der Bruttoerzeugung und 96,5 % der gesamten Abgabe an Letztabnehmer. (Die öffentliche Elektrizitätsversorgung 1965, S. 39.) Verstärkt und gesichert wird der Einfluß durch Mehrfachstimmrechte. Vgl. den RWE-Geschäftsbericht, Bilanz zum 30.6.1966. Namensaktien im Werte von 20,3 Mill. DM haben ein zwanzigfaches Stimmrecht, das sind 4.062.500 Stimmen. 320 Mill. DM Vorzugsaktien sind stimmrechtslos. Für die Stammaktien verbleiben bei einem Grundkapital von 960 Mill. DM ca. 6.200.000 Stimmen. Dieses Verhältnis hat sich auch durch die Kapitalerhöhung von 1.200 Mill. DM nicht geändert.

## 2. Die mit dem Preisrecht verfolgten Ziele

Ursprünglich wurde die Preisaufsicht von der Energieaufsichtsbehörde nach § 7 EnWG wahrgenommen. Durch das Preisbildungsgesetz <sup>1)</sup> wurden die Preisbefugnisse 1936 auf den Reichskommissar für Preisbildung übertragen. Die Befugnisse des Reichskommissars für Preisbildung wurden nach 1945 zunächst von den Ländern, dann auch nach Erlass des Grundgesetzes unter Berücksichtigung der neuen Zuständigkeitsverteilung (Art. 73 Nr. 11, Art. 129 Abs. 1 mit Art. 123, 125, 73 Nr. 11) vom Bund übernommen. <sup>2)</sup> So besteht die Zweigleisigkeit zwischen Energie- und Preisrecht auch heute noch.

Die Ziele des Preisrechts unterscheiden sich kaum von denen des EnWG. Im Vordergrund steht das Bemühen um eine preisgünstige Versorgung der Verbraucher, von denen besonders die Tarifabnehmer ohne wirkliche Alternative auf den Bezug von Strom angewiesen sind. Hingegen sind die Preise für Sonderabnehmer zum Teil freigegeben worden <sup>3)</sup>, da diese in der Regel über genügend wirtschaftliche Macht verfügen, um ihre Interessen zu wahren. Auch im Preisrecht sollen staatliche Lenkungsmaßnahmen eine möglichst sichere und billige Versorgung garantieren. Der Weg zur Realisierung des Ziels wird also von staatlichem Dirigismus geprägt.

### c) Der Vergleich der Zielsetzungen

Das GWB will als Ordnungsgesetz den Wettbewerb schützen. Durch die Wettbewerbsordnung soll die optimale Versorgung der Gesamtwirtschaft erreicht werden. <sup>4)</sup> Dabei soll der Wettbewerb dafür sorgen, daß volkswirtschaftlich unsinnige Investitionen durch eine rasche Anpassung an sich wandelnde Daten vermieden werden.

---

1) Vom 29.10.1936, RGBL. I, S. 927.

2) Eiser-Riederer-Sieder III, S. 6.

3) Vgl. oben I b).

4) Begründung, a.a.O., A I, S. 1057.

Auch das EnWG will den Verbrauchern eine möglichst sichere und billige, also optimale Versorgung gewährleisten. Mittel dazu ist die Koordinierung von Investitionen und Versorgungsgenehmigungen durch den Staat, um den Aufwand möglichst niedrig zu halten.

EnWG und GWB haben also teilweise gleiche Zielvorstellungen.<sup>1)</sup> Beide Gesetze errichten Ordnungen, durch die das Ziel erreicht werden soll.

Dieses gemeinsame Ziel ist jedoch sehr allgemein formuliert. Die meisten Gesetze werden in irgendeiner Weise ebenfalls der optimalen Versorgung der Volkswirtschaft dienen, seien es z.B. Gesetze über den Bau von Verkehrswegen oder Import- bzw. Exportrestriktionen.

Bedeutungsvoller für die Abgrenzung der beiden Gesetze sind daher

- (1) die über das gemeinsame Ziel hinaus verfolgten weiteren Ziele und
- (2) die Wege, auf denen das gemeinsame Ziel erreicht werden soll.

Das GWB schützt den Wettbewerb auch als das im Rahmen der gesellschaftspolitischen und grundgesetzlichen Vorstellungen angemessenste Ordnungssystem. Der mit einer Wettbewerbsordnung eingeschlagene Weg ist geprägt von den Gedanken der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen.<sup>2)</sup>

Demgegenüber soll das EnWG zusätzlich dem Staat auf dem Gebiet der Energieversorgung einen gebührenden Einfluß verschaffen. Die Eingriffsmöglichkeiten sollen es dem Staat ermöglichen, langfristig eine seinen Vorstellungen entsprechende Entwicklung durchzusetzen. Die im EnWG vorgesehene Ordnung enthält starke dirigistische Elemente.

Diese letztgenannten unterschiedlichen Ziele und Wege beeinflussen sich gegenseitig. Jede staatliche Lenkungsmaßnahme

---

1) Im Ergebnis zustimmend: Börner, VEnergR 10/20; Imminger, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 235; Schüler-Springorum, VEnergR 1/2, S. 119/120.

2) Hoppmann, ZBJV, Bd. 102/252, 253.

schränkt die Dispositionsfreiheit der Betroffenen ein. Aber nicht jedes staatliche Interesse erlaubt eine Einschränkung der individuellen Freiheit. Der Gedanke der Wahrung und Sicherung der Freiheit hat auch Rückwirkungen auf die staatlichen Lenkungsmaßnahmen. <sup>1)</sup> Dabei muß nicht nur die Grenze der Grundrechte beachtet werden, sondern auch die freiheitliche Gestaltung der Wirtschaft durch die Wettbewerbsordnung. Eine Einschränkung dieser freiheitlichen Ordnungsform nur aus Bequemlichkeit oder Opportunität ist unzulässig. <sup>2)</sup>

### III. Das Verhältnis der Gesetze zueinander

#### a) Das Grundgesetz als Abgrenzungskriterium

Für eine Verfassungswidrigkeit des GWB ergeben sich keine Anhaltspunkte. Da aber das EnWG vorkonstitutionelles Recht ist, kann seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz fraglich sein. Wäre das EnWG verfassungswidrig, würde die Elektrizitätswirtschaft einzig dem GWB unterfallen. Dann würde sich die Notwendigkeit einer Abgrenzung erübrigen.

R a d t k e <sup>3)</sup> kommt zu dem Ergebnis, daß gerade die wichtigsten Vorschriften des EnWG, die §§ 4 Abs. 2, 4 Abs. 4, 5 Abs. 1 und 7 Abs. 1 und 2 EnWG gegen das Grundgesetz verstoßen und daher nichtig seien. Demgegenüber wird in der Literatur <sup>4)</sup> und in der Rechtsprechung <sup>5)</sup> von der Fortgeltung des EnWG ausgegangen, wenn auch einzelne Vorschriften wie z.B. § 6 Abs. 3 EnWG dem Grundgesetz angepaßt werden mußten.

---

1) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft, S. 59.

2) Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20/116, S. 49; Dürig, AöR 81/147; Dörinkel im Gemeinschaftskommentar, § 12/20 mwN.

3) Die verfassungsrechtlichen Schranken, S. 96.

4) Eiser-Riederer-Sieder I, S. 33; Schüler-Springorum, VEnergR 1/2, S. 103/104.

5) BVerwG, Rechtsbeilage zur EltW 1957/94; BGH NJW 1957/627.

Entscheidend ist die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung. <sup>1)</sup> Eine derartige Interpretation ist für die meisten Tatbestände möglich, wenn die Grundsätze herangezogen werden, nach denen das BVerfG § 2 PreisG für verfassungsmäßig erklärt hat. Auch aus der Pflicht des Staates, bei Beschränkungen der Freiheit die Grenzen exakt zu bestimmen und nicht dem Ermessen der Verwaltungsbehörden zu überlassen, folgt keine Verfassungswidrigkeit einzelner Vorschriften. <sup>2)</sup> Es steht dem Staat im Rahmen seines weiten gesetzgeberischen Ermessens <sup>3)</sup> frei, seine wirtschafts- und sozialpolitischen Ziele auf unterschiedlichen Wegen, die nicht marktkonform zu sein brauchen, anzustreben. <sup>4)</sup> Die Grenzen des Ermessens werden erst dann erreicht, wenn die gesetzlichen Maßnahmen im Verhältnis zur gegebenen Situation tatsächlich und eindeutig unangemessen sind. <sup>5)</sup> Das läßt sich von den Vorschriften des EnWG nicht sagen.

b) Die kumulative Erfüllung der Voraussetzungen beider Gesetze

Da es zwischen den Regelungen der beiden Gesetze und zwischen den Anordnungen aufgrund dieser Gesetze nicht zu logischen Kollisionen kommt <sup>6)</sup>, könnte ein EVU gezwungen sein, die Voraussetzungen beider Gesetze kumulativ zu erfüllen.

Eine kumulative Erfüllung der Voraussetzungen verschiedener Gesetze liegt vor, wenn z.B. zum Bau eines Kraftwerks nicht nur die Genehmigung nach § 4 EnWG, sondern auch eine Baugenehmigung und eine polizeirechtliche Genehmigung für die Überdruckanlagen eingeholt sowie Auflagen über die Staub- und Lärmentwicklung beachtet werden müssen. An jeder dieser Voraussetzungen kann

---

1) BVerfG NJW 1959/475 zu § 2 PreisG; Schüler-Springorum, VEnergR 1/2, S. 104.

2) Radtke, Die verfassungsrechtlichen Schranken, S. 87.

3) BVerfGE 4/7 ff., S. 18; BVerfGE 7/377 ff., S. 400.

4) BVerfGE 4/7 ff., S. 17 ff.; BVerfGE 7/377 ff., S. 400; BVerfG NJW 1958/931; BVerfGE 18/315 ff., S. 329/337/341.

5) BVerfGE 2/266 ff., S. 281; BVerfGE 3/19 ff., S. 24.

6) Vgl. S. 11 f..

das Projekt scheitern. Charakteristisch für die verschiedenen Voraussetzungen ist aber, daß dabei jeweils ein besonderer Aspekt des Gesamtvorhabens überprüft wird. Jede überprüfende Behörde verfolgt in einem solchen kumulierenden Verfahren eigenständige Zwecke.

Eine derartige Kumulierung der gesetzlichen Erfordernisse des EnWG und des GWB kann im Verhältnis Kartellbehörde und Fachaufsichtsbehörde nicht angenommen werden. Beide verfolgen das gleiche Ziel. GWB und EnWG verstehen sich als Wirtschaftsordnungsgesetze. Beide gehen aber von völlig verschiedenen Ordnungsvorstellungen aus. Während das GWB das gemeinsame Ziel unter Wahrung der Entfaltungsfreiheit erreichen will, sieht das EnWG eine dirigistische Ordnung vor, in der jede unternehmerische Initiative genehmigt werden muß. Wegen dieser strukturellen Gegensätze kann das gemeinsame Ziel nicht mit einer kumulativen Erfüllung der Voraussetzungen beider Gesetze erreicht werden. Vielmehr stehen zwei verschiedene Wege zur Verfügung, auf denen das Ziel möglicherweise erreicht werden kann.<sup>1)</sup> Diese Wege können nicht gleichzeitig beschritten werden, weil durch Maßnahmen der einen Behörde Wege der anderen blockiert werden können.

#### c) Das Regel-Ausnahme-Verhältnis als Abgrenzungskriterium

Um zu einer sinnvollen Abgrenzung der beiden Gesetze zu kommen, muß auch der wirtschaftliche Hintergrund in die Überlegungen einbezogen werden. Die von den Gesetzen vorgesehenen Zweck-Mittel-Relationen lassen sich nur richtig würdigen, wenn sie auf den konkreten Wirtschaftsbereich der Energiewirtschaft projiziert werden.

Auch für die Energiewirtschaft gilt im Grundsatz das Wettbewerbsprinzip. Das wird auch in der Begründung des EnWG anerkannt.<sup>2)</sup> Dieser Grundsatz ist aber sowohl durch die dirigistischen Elemente des EnWG als auch durch die Ausnahmen in § 103

---

1) Schönauer, Marktprozesse, S. 9.

2) Abgedruckt bei Eiser-Riederer Sieder I, S. 12.

Abs. 1 GWB eingeschränkt. Begründet wurden diese Annahmen mit technischen Besonderheiten, deretwegen der Wettbewerb mehr Schaden als Nutzen stiften würde.<sup>1)</sup> Die Elektrizitätswirtschaft nimmt demnach eine auch vom GWB anerkannte Sonderstellung ein, durch die eine über § 103 GWB hinausgehende Sonderregelung bedingt werden kann. Es liegt daher nahe, als Abgrenzungskriterium ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen dem GWB und dem EnWG heranzuziehen. In einem solchen Verhältnis greift eine Ausnahmeregelung ergänzend und korrigierend ein, wenn durch die Regelvorschrift in einem bestimmten Bereich die Zielerreichung nicht möglich oder nicht hinreichend gesichert ist. Regel- wie Ausnahmenvorschrift haben demnach ein gleiches Ziel vor Augen. Wenn der von der Regelvorschrift eingeschlagene Weg nicht gangbar ist, muß die Ausnahmenvorschrift das Ziel mit anderen Methoden zu erreichen suchen.<sup>2)</sup>

Zwischen GWB und EnWG ist die Zuordnung der Aufgaben in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis eindeutig. Regelordnung kann aus folgenden Gründen nur das GWB sein:

(1) Das GWB versteht sich als ein allgemeines Wirtschaftsordnungsgesetz. Durch das GWB soll der Wettbewerb in allen Wirtschaftsbereichen durchgesetzt werden.<sup>3)</sup> Das GWB hat also einen erheblich weiter gefaßten Geltungsanspruch als das EnWG. § 1 Abs. 1 Satz 1 GWB schließt im Grundsatz alle Wettbewerbsbeschränkungen aus. Ausnahmen sollen nur nach Maßgabe dieses Gesetzes und nur für eng umgrenzte Bereiche möglich sein.

(2) In einer Wettbewerbsordnung werden die Koordinierungsprobleme zwischen Bedarf und Produktion automatisch gelöst. Eine Wettbewerbsordnung erfordert daher keine aufwendigen staatlichen Zuteilungsmechanismen<sup>4)</sup>, deren Kosten letztlich vom Ver-

---

1) Schelberger im Gemeinschaftskommentar, § 103/3.

2) Hoppmann, Exportkartelle, S. 80, spricht von einem "echten" Ausnahmebereich.

3) Wessels, Tagungsberichte, Heft 10, S. 42.

4) Röpke, Die Lehre von der Wirtschaft, S. 57.

braucher mitgetragen werden müssen. Durch die im Wettbewerb wirksam werdenden Kräfte, die durch Gewinnchancen oder Existenzgefährdung mobilisiert werden, können die angestrebten wirtschaftspolitischen Ziele erreicht werden. Das Gebot der volkswirtschaftlichen Effizienz erfordert daher, den Wettbewerb soweit wie möglich durchzusetzen.

(3) Ferner ist die menschliche Freiheit im Bereich der Wirtschaft Schutzgut des GWB. In unserer an der Freiheit des Menschen orientierten Gesamtrechtsordnung ist die Freiheit nicht nur in den Grenzen des GWB geschützt, sondern auch darüber hinaus. Diese wirtschaftliche Freiheit ist ein Ausfluß der allgemeinen Entfaltungsfreiheit <sup>1)</sup>, und als solche muß sie soweit wie möglich realisiert werden können. Eine Wirtschaftsordnung, die die Verwirklichung auch dieser Freiheit ermöglicht, muß den Vorrang vor einer staatlichen Lenkungsirtschaft haben.

(4) Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der staatlichen Mittel <sup>2)</sup> darf nur der Eingriff vorgenommen werden, der mit der geringsten Beeinträchtigung der Betroffenen zum Ziele führt. In einer Wettbewerbsordnung können sich alle Beteiligten frei entscheiden und ihre Entscheidung auch realisieren. In der mit dem EnWG verbundenen, dirigistischen Ordnung wird zumindest die Realisierung bestimmter Vorhaben von einer staatlichen Unbedenklichkeitserklärung abhängig gemacht. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der staatlichen Mittel entsprechen auch die in den Gesetzen vorgesehenen Aufsichts- und Eingriffsbefugnisse. So sieht das GWB nur repressive Eingriffsmöglichkeiten vor. Ein aktives Festsetzen von Preisen und Geschäftsbedingungen ist der Kartellbehörde nicht gestattet. <sup>3)</sup> Die Kartellbehörde dient nur dazu, eine mißbräuchliche Ausnutzung der Freiheit zu verhindern, nicht dazu, diese Freiheit durch gestaltende Eingriffe einzuzengen. Die Fachaufsichtsbehörde hingegen kann präventiv und gestal-

---

1) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft, S. 62.

2) Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20/116, S. 49; Dörinkel im Gemeinschaftskommentar, § 12/20.

3) Rasch/Westrick, § 22/39.

tend tätig werden. Investitionen <sup>1)</sup> und Marktzutritte sind nur nach ihrer Genehmigung zulässig, die Preise und Konditionen werden von ihr beeinflusst. Da diese Eingriffe schwerwiegender sind als die des GWB, dürfen sie erst angewandt werden, wenn das angestrebte Ziel mit den Möglichkeiten des GWB nicht mehr sicher erreicht werden kann.

GWB und EnWG stehen also in einem Verhältnis von Regel und Ausnahme zueinander. Wegen des umfassenderen Geltungsanspruchs des GWB, wegen seiner freiheitsbetonteren Grundhaltung und nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel ist der vom GWB vorgeschlagene Weg den Möglichkeiten des EnWG vorzuziehen. Das heißt aber nicht, daß das EnWG nur geringere Bedeutung hat. <sup>2)</sup> Beide Gesetze sind durchaus gleichrangig. <sup>3)</sup> Den Gesetzen wurden nur verschiedene Aufgaben zugewiesen. Dabei hat das EnWG eine Korrektivfunktion erhalten, um das Ziel der sicheren und billigen Versorgung im Bereich der Energiewirtschaft in jedem Falle zu gewährleisten.

Der Aufgabenbereich des EnWG hat sich also mit Erlaß des GWB gewandelt. Die verbleibende Korrektivaufgabe entspricht durchaus noch den Intentionen des Gesetzgebers von 1935; denn durch das EnWG sollte nicht schlechthin jeder, sondern nur der volkswirtschaftlich schädliche Wettbewerb verhindert werden. <sup>4)</sup> Nach der mit dem GWB verbundenen Datenänderung der Rechtsordnung muß sich auch das EnWG der neuen Lage anpassen und die Korrektivfunktion stärker in den Vordergrund stellen. <sup>5)</sup>

d) Die praktische Bedeutung der Gesetze unter Berücksichtigung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses

Das Regel-Ausnahme-Verhältnis ordnet den Gesetzen zwar juri-

---

1) Selbst wenn sie nur zur Deckung des Eigenbedarfs dienen, müssen sie dem versorgenden EVU mitgeteilt werden, § 5 II EnWG.

2) Schüler-Springorum, VEnergR 1/2, S. 120.

3) Insoweit ist Börner, VEnergR 10/20 ff., zuzustimmen.

4) Präambel des EnWG.

5) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 261 ff., 266; Schönauer, Marktprozesse, S. 65.

stisch exakt unterschiedliche Aufgaben zu, mit dieser theoretischen Abgrenzung ist aber für die Frage nach dem praktischen Anwendungsbereich der Gesetze noch nicht viel gewonnen. Es ist gerade typisch für ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, daß es nur unter Berücksichtigung der zugrundeliegenden Sachverhalte aussagekräftig wird. Die Frage, wieweit die Regelordnung in der Praxis zum gemeinsamen Ziele führt, ist für die Bedeutung des Gesetzes entscheidend. Diese juristische Leerformel muß also mit Hilfe ökonomischer Überlegungen mit Leben gefüllt werden. Die wirtschaftlichen Grundlagen werden in der juristischen Literatur nicht genügend berücksichtigt. So beantwortet nicht eine "übergreifende Bedeutung des Kartellgesetzes" <sup>1)</sup>, sondern die Aufgliederung der Funktionen die Frage, welches Gesetz anwendbar und welche Aufsichtsbehörde zuständig ist. Es ist Schüler - Springorum zuzustimmen, daß die Ermächtigungen des EnWG dann nicht mehr auszunutzen sind, wenn die gleichen Ergebnisse auch mit dem GWB erzielt worden wären. <sup>2)</sup> Ob damit der Spielraum der Ermächtigungen des EnWG funktionell kleiner geworden ist, läßt sich pauschal nicht beantworten. <sup>3)</sup> Für die Klärung dieser Frage kommt es eben darauf an, wieweit der Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft als Marktordnungsfaktor angesehen werden kann.

Ebensowenig wie pauschal ein praktisches Übergewicht des Wettbewerbs begründet werden kann, läßt sich ein generelles Unwerturteil über den Wettbewerb für diesen Teilbereich rechtfertigen. <sup>4)</sup> Die Wahl dirigistischer Methoden im EnWG erlaubt es nicht, den Wettbewerb als Ordnungsfaktor für die Energiewirtschaft insgesamt auszuschließen. <sup>5)</sup> Auch die Berufung auf die

---

1) Schüler-Springorum, VEnergR 1/2, S. 120.

2) VEnergR 1/2, S. 120.

3) Börner, VEnergR 10/21.

4) So aber Immenga, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 235.

5) Immenga, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 235.

speziellere Natur des EnWG ist nicht überzeugend <sup>1)</sup>, denn das EnWG soll unter "Wahrung der freien Entfaltungsmöglichkeiten für die wertvollen Kräfte selbständiger Unternehmerverantwortung" <sup>2)</sup> auf eine sichere und billige Versorgung hinwirken.

Die Wirksamkeit des Wettbewerbs auf diesem Teilmarkt muß untersucht werden, ehe sich beurteilen läßt, wieviel Raum der Wettbewerb und wieviel die staatliche Lenkung einnehmen wird.

#### IV. Die Wettbewerbsverhältnisse in der Elektrizitätswirtschaft =====

##### a) Das wettbewerbspolitische Leitbild als Beurteilungs- maßstab

Um die Wettbewerbsverhältnisse in der Elektrizitätswirtschaft beurteilen zu können, muß Klarheit über die Maßstäbe gewonnen werden, an denen die wettbewerblich relevanten Vorgänge in diesem Wirtschaftsbereich zu messen sind. Es ist sinnlos, die Wettbewerbsverhältnisse in der Elektrizitätswirtschaft zu untersuchen, wenn es keine Kriterien gibt, an denen sich die Untersuchung orientieren kann. Nur solche Aspekte dürfen herausgegriffen werden, die für die Beurteilung von Bedeutung sind. Die Maßstäbe sollten den Aufsichtsbehörden die Beurteilung der wirtschaftlichen Gegebenheiten ermöglichen und die Richtung weisen, in die aufsichtsbehördliche Eingriffe zu zielen haben. <sup>3)</sup>

Die Maßstäbe, die angelegt werden sollen, können sich nur nach einem wettbewerbspolitischen Leitbild richten. <sup>4)</sup> Ein wett-

---

1) So Wiedemann, BB 1967/569.

2) Begründung zum EnWG, Eiser-Riederer-Sieder I, S. 12.

3) Auch die Funktionenschutztheorie von Stein (Wirtschaftsaufsicht, S. 14), mit deren Hilfe eine Abgrenzung der Staatsaufsicht möglich sein soll, benötigt Beurteilungsmaßstäbe. Wie etwa soll die Aufsicht Funktionsstörungen rechtzeitig feststellen, wenn unklar ist, ob überhaupt eine Störung vorliegt, wie schwerwiegend sie ist und auf welche Weise sie behoben werden kann. Ob diese Maßstäbe nun zu den Maßstäben im Rechtssinn gehören (Stein, S. 82), oder ob diese Maßstäbe in außerrechtlichen Bereichen gewonnen werden (Stein, S. 90) ist für die hier zu suchenden Maßstäbe bedeutungslos. Bullinger, Staatsaufsicht, VVDStRL Heft 22/288 ff./291.

4) Zur Problematik der Verwendung von Wettbewerbsleitbildern als Norm Machlup, HdSW Bd. 12, S. 48.

bewerbspolitisches Leitbild soll darüber informieren, welcher Art die Wettbewerbsverhältnisse in der Praxis sein sollen, um optimale Ergebnisse zu gewährleisten. Gäbe es nur eine allgemein anerkannte und gebilligte Leitvorstellung, so ließen sich daraus leicht Maßstäbe für die Beurteilung von Wettbewerbsverhältnissen auf bestimmten Teilmärkten gewinnen. Nun gehört aber die Frage nach dem Leitbild der wettbewerbslichen Praxis zu den schwierigsten und umstrittensten Bereichen der gegenwärtigen Wirtschaftspolitik und im Zusammenhang damit auch des Wirtschaftsrechts.<sup>1)</sup> Eine erschöpfende Behandlung dieser Streitfrage ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht möglich. Es soll lediglich versucht werden, einige wesentliche Aspekte herauszugreifen, um eine Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse in der Elektrizitätswirtschaft zu ermöglichen.

### 1. Das Modell der vollkommenen Konkurrenz

Die Begründung zum Regierungsentwurf geht von einer dem vollkommenen Wettbewerb entsprechenden Marktform aus.<sup>2)</sup>

Dieses Modell setzt voraus:<sup>3)</sup>

(1) Es müssen die Bedingungen eines "vollkommenen Marktes" erfüllt sein.<sup>4)</sup> Das sind:

(11) Die Käufer streben Nutzenmaximierung an, die Verkäufer Gewinnmaximierung.

(12) Die Anpassungsgeschwindigkeit ist bezüglich der Produktionsfaktoren und der produzierten Güter unendlich groß.

(13) Es herrscht Markttransparenz und vollkommene Information.

---

1) Vgl. Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, sowie die Besprechungen dazu von Hoppmann, Konzept, JNSt Bd. 179/286 ff.; Schmidt, Wettbewerbstheorie, WuW 1966/699 ff.; Heuss, Stand der Wettbewerbstheorie, ORDO XVIII, S. 441 ff.; Käufer, Kantzenbach, Konzept, JNSt Bd. 179/481 ff.; ferner Günther, Vortrag auf der Jubiläumsveranstaltung der Studienvereinigung Kartellrecht abgedruckt in der FAZ Nr. 19 vom 23.1.1968, S. 14.

2) A.a.O., A V, S. 1059.

3) Vgl. die Zusammenstellung bei I. Schmidt mwN, WuW 1964/421.

4) Gutenberg, Betriebswirtschaftslehre, Bd. 2, S. 182.

- (14) Die Güter sind homogen, d.h. es gibt keine sachlichen, persönlichen, zeitlichen oder räumlichen Präferenzen.
- (2) Die Zahl der Marktteilnehmer (Anbieter wie Nachfrager) ist so groß bzw. der Marktanteil der einzelnen so klein, daß durch eine Änderung der angebotenen bzw. der nachgefragten Menge durch einen einzelnen der Preis nicht beeinflußt wird.
- (3) Die Produktionsfaktoren und die produzierten Güter sind unendlich teilbar, da sonst eine Anpassung nur in Sprüngen möglich wäre.
- (4) Der Marktzutritt ist für jedermann frei. <sup>1)</sup>

Liegen diese Voraussetzungen vor, so bildet sich auf dem Markt nur ein Preis, der sogenannte Gleichgewichtspreis, der als Datum hingenommen werden muß. <sup>2)</sup>

Die Begründung zum Regierungsentwurf spricht zwar von vollkommenem Wettbewerb, meint damit aber nicht genau dieses Modell. Die Begründung folgt vielmehr den Ausführungen E u c k e n s <sup>3)</sup>, der betont, daß nicht die tatsächliche Unbeeinflußbarkeit der Marktpreise entscheidend ist. Es genüge schon, daß das Wirtschaftssubjekt aufgrund der Geringfügigkeit seines Angebots bzw. seiner Nachfrage nicht mehr mit einer Reaktion des Marktpreises auf sein Handeln rechne. <sup>4)</sup>

Es kommt also weniger auf die Marktstruktur, d.h. auf die Zahl der Marktbeteiligten, als auf deren Verhaltensweise an. <sup>5)</sup> Daraus folgt, daß ein Anbieter, der Monopolist im morphologischen Sinne ist, sich nicht unbedingt auch monopolistisch

---

1) Wessels, HdW Bd. 2, S. 87.

2) Wessels, HdW Bd. 2, S. 87.

3) Schmidt, WuW 1966/700.

4) Eucken, Nationalökonomie, S. 95/96. Anders allerdings noch Böhm, Monopolkampf, S. 19.

5) E. Schneider, Wirtschaftstheorie, Bd. 2, S. 71/72.

verhalten muß. <sup>1)</sup> Fehlen monopolistische Verhaltensweisen, so kann die Steuerung der Marktabläufe über den sich durch Angebot und Nachfrage frei bildenden Preis geschehen. Damit wählt E u c k e n zwar einen etwas anderen Ansatzpunkt, untersucht aber die gleichen Vorgänge und kommt zum gleichen Ergebnis. <sup>2)</sup> Die folgende Kritik gilt daher auch für die Vorstellungen E u c k e n s .

Die Kritik an der vollständigen Konkurrenz als Wettbewerbsleitbild muß an den Bedingungen ansetzen. Diese Voraussetzungen sind annähernd nur an hochorganisierten Märkten wie etwa einer Effekten- oder Wollbörse erfüllt, für andere Märkte aber unrealistisch und nicht erfüllbar. Aber selbst wenn diese Voraussetzungen zu verwirklichen wären, bliebe die Verwendbarkeit des Modells der vollständigen Konkurrenz als Wettbewerbsleitbild zweifelhaft.

Die preispolitische Analyse der vollständigen Konkurrenz unterstellt bei den einzelnen Unternehmen einen u-förmigen Durchschnittskostenverlauf bei einer individuellen horizontalen Preis-Absatz-Kurve. Nur in diesem Fall kann eine größere Zahl von Anbietern produzieren, da der Größendegression einzelner Unternehmen natürliche Hindernisse entgegenstehen. Der Markt würde aber nur dann billigst versorgt, wenn der Preis, den die Anbieter zu akzeptieren haben, dem Minimum der Durchschnittskosten entspricht. Das impliziert jedoch, daß alle Anbieter unter gleichen Kostenbedingungen produzieren. <sup>3)</sup> Daraus folgt weiter, daß der technische Fortschritt praktisch aus der Betrachtung eliminiert wird. Entweder fehlt er vollkommen oder er wird von allen Konkurrenten gleichzeitig realisiert. Damit entfällt jeder Anreiz zu Innovationen.

---

<sup>1)</sup> Das ist insbesondere dann der Fall, wenn das angebotene Gut sehr leicht substituierbar ist. Problematisch wird bei leicht substituierbaren Gütern aber die Abgrenzung des Marktes. Bei vernünftiger Abgrenzung des Marktes wird es nur sehr wenige Monopolisten im morphologischen Sinne geben, deren Verhaltensweise nicht auch monopolistisch ist.

<sup>2)</sup> Borchard-Fikentscher, Wettbewerb, S. 3.

<sup>3)</sup> Gutenberg, Betriebswirtschaftslehre, Bd. 2, S. 231.

Gegen diesen statischen Charakter richten sich auch die meisten Angriffe der neueren Wettbewerbstheorie. <sup>1)</sup> Jedoch hat bereits H. A r n d t <sup>2)</sup> darauf hingewiesen, daß diese Art von Wettbewerb keineswegs erstrebenswert sei. Darauf zielt auch die Bezeichnung der vollständigen Konkurrenz als "Schlafmützenkonkurrenz" <sup>3)</sup> ab, bei der sich für einen Verkäufer keine weiteren Anstrengungen zur Vergrößerung des Absatzes lohnen, da er zu dem gegebenen Preis im Rahmen seiner Kapazitätsgrenzen beliebige Mengen absetzen kann.

Hinzu kommt, daß selbst der gewinnlose Absatz der produzierten Menge (Grenzkosten = Preis = Minimum der Durchschnittskosten) nicht die günstigste Versorgung der Nachfrager gewährleistet. Die nachgefragte Menge könnte bei wenigen oder einem Anbieter mit moderneren Anlagen zu niedrigeren Kosten produziert werden (Größendegression). Es werden also auch die Großbetriebe, die für die moderne Wirtschaft besonders typisch sind, aus der Betrachtung ausgeklammert. <sup>4)</sup>

Diese Wettbewerbsvorstellung garantiert also keine dauerhaft optimale Versorgung, da ungünstige Betriebsgrößen vorliegen und dynamische Elemente nicht berücksichtigt werden. Es handelt sich hierbei auch mehr um ein Ablauf- denn um ein Entscheidungsmodell. <sup>5)</sup> Eine Überführung aller Märkte in Marktstrukturen, die diesem Leitbild entsprechen, kann daher nicht gefordert werden. <sup>6)</sup>

Die vollkommene Konkurrenz scheidet also als Wettbewerbsleitbild aus.

---

1) Letzthin Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S. 11 ff..

2) In: Schöpferischer Wettbewerb, S. 51 ff.; Galbraith, Industriegesellschaft, S. 142 ff. 144.

3) Lutz, ORDO VIII, S. 32.

4) Galbraith, Industriegesellschaft, S. 142 ff. 144.

5) Gutenberg, Betriebswirtschaftslehre, Bd. 2, S. 182.

6) Das wird auch von den Neoliberalen nicht gewünscht. Vgl. Lutz, ORDO VIII, S. 34.

## 2. Das Konzept der "workable competition"

Löst man sich von der Voraussetzung gleichgearteter, u-förmiger Kostenverläufe und des gegebenen Preises, so gewinnt man ein realitätsnäheres Bild des Wirtschaftsablaufs. Kann jemand billiger als andere produzieren, so liegt darin ein technischer Fortschritt, der diesem Unternehmen einen gewissen Vorsprung verschafft. Die Mitanbieter müssen, um nicht auf lange Sicht Grenzproduzenten zu werden und aus dem Markt ausgestoßen zu werden, ihrerseits versuchen, verlorene Positionen zurück und neue hinzuzugewinnen. <sup>1)</sup> Diese gegenseitige Beeinflussbarkeit <sup>2)</sup> der Konkurrenten hat einen starken Zwang zu technischem Fortschritt zur Folge. <sup>3)</sup> In einem ununterbrochenen zyklischen Prozeß folgen auf jede Innovation Anpassungen der Konkurrenten, die zu einem neuen Gleichgewichtszustand führen, bis neue Innovationen neue Anpassungen notwendig machen. Diese wechselseitige Interdependenz ist nach der herkömmlichen Theorie bereits ein monopolistisches Element. <sup>4)</sup> Diesen mit monopolistischen Elementen durchsetzten Wettbewerb nannte J. M. Clark <sup>5)</sup> in seinem bekannten Referat aus dem Jahre 1939 "workable Competition". <sup>6)</sup> Das Verdienst Clarks ist es, mit diesem Begriff die Betrachtung für den technischen Fortschritt geöffnet zu haben. <sup>7)</sup>

---

1) Hoppmann, Festschrift für Wessels, S. 164.

2) Vgl. die Definition des wirtschaftlichen Wettbewerbs bei Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb, S. 15.

3) Dieser Zwang zu technischem Fortschritt gilt nur für den Wettbewerb von Anbietern. Es fällt auf, daß bei der Diskussion um den wirksamsten Wettbewerb fast ausschließlich von einer Anbieterkonkurrenz ausgegangen wird, der Wettbewerb der Nachfrager jedoch unbeachtet bleibt. Mutatis mutandis müssen diese Ausführungen jedoch auch für Nachfragerwettbewerb gelten.

4) Wessels, Tagungsberichte, Heft 10, S. 45.

5) Towards a Concept of Workable Competition, The American Economic Review, Vol. XXX/1940, S. 241 - 256.

6) Vgl. dazu Hoppmann, ZBJV Bd. 102/251 ff./255.

7) Kaufer, ORDO XVIII, S. 113.

Die "workable competition" setzt voraus:

(1) Die Anbieter sind sich bewußt, daß sie durch ihre Preis-, Qualitäts- und Verkaufspolitik ihre Konkurrenten bedrängen und umgekehrt von jenen bedrängt werden können.

(2) Es bestehen keine Absprachen zwischen den Anbietern, die den Preis seiner Funktion als Knappheitsanzeiger berauben.

(3) Es besteht freier Marktzutritt.

Der Begriff der "workable competition" unterscheidet sich von dem der vollständigen Konkurrenz im wesentlichen in dreifacher Weise:

(1) Interdependenzen zwischen den Anbietern sind nur bei einer geringen Zahl von Konkurrenten möglich, denn jeder muß über soviel Einfluß verfügen, daß er die Marktbedingungen spürbar verändern kann, so daß die anderen zu Reaktionen gezwungen sind.

(2) Die Anbieter können dem Wettbewerbsdruck nicht nur mit Preissenkungen, sondern auch mit Produktdifferenzierung oder der Entwicklung neuer Produkte begegnen. Es besteht also keine Homogenität der Güter.

(3) Bis zu den Reaktionen der Konkurrenten besteht ein time-lag. Die durch den technischen Fortschritt erzielten Gewinne werden nicht schlagartig abgebaut, sondern durch die schrittweise Verminderung dieser Gewinne wird ein neuer Anreiz zu technischem Fortschritt geschaffen. Gerade das Fehlen der unendlich großen Reaktionsgeschwindigkeit ist also eigentliche Triebfeder für den technischen Fortschritt.

Aus diesen Unterschieden ergibt sich folgendes:

(1) Da weniger, aber größere Unternehmen auf dem Markt sind, können die Vorteile der "economies of large scale production" genutzt werden. <sup>1)</sup> Diese Vorteile entstehen besonders deshalb, weil bei zunehmender Betriebsgröße eine größere Arbeitsteilung

---

1) Vgl. die Ausführungen über die mutierenden Betriebsgrößenänderungen bei Gutenberg, Betriebswirtschaftslehre, Bd. 1, S. 416 ff..

möglich ist, die die Arbeitsproduktivität erhöht. Außerdem sind viele Produktionsanlagen nicht teilbar, so daß bei wachsender Produktionsmenge die Anlagen besser ausgenutzt werden können. <sup>1)</sup> Die fixen Stückkosten sinken und erlauben eine insgesamt kostengünstigere Produktion. Obwohl der Markt mit monopolistischen Elementen durchsetzt ist, kann die Ausnutzung der Vorteile der Größendegression zu einer besseren Versorgung führen als wenn vollkommene Konkurrenz herrschte.

(2) Eine optimale Versorgung besteht nicht nur in der Maximierung der Ausbringungsmenge, sondern auch in der Maximierung des Nutzens der einzelnen Marktteilnehmer, d.h. in erster Linie der Konsumenten. <sup>2)</sup> Werden nur wenige, jeweils homogene Güter angeboten, so steht das im Widerspruch zu den Differenzierungswünschen der Nachfrager. <sup>3)</sup> Nur mit differenzierten Gütern kann die individuelle Nutzenvorstellung erfüllt werden. So lassen sich mit nur einer Automarke kaum die Wünsche des Zweitwagenkäufer, des sportlichen Fahrers, des Herrenfahrers und eines Generaldirektors in gleichem Maße erfüllen. Insofern würde also eine vollkommene Konkurrenz nicht zur besten Versorgung führen.

(3) Die durch technischen Fortschritt erzielten überproportionalen Gewinne können zur Forcierung weiteren technischen Fortschritts eingesetzt werden. Die Unternehmen erhalten Finanzierungsmittel, um die Forschung zu intensivieren oder produktivere Anlagen anzuschaffen. Da bei der vollkommenen Konkurrenz diese Gewinne fehlen, wird ein Fortschritt aus eigener Kraft des Unternehmens unmöglich gemacht. Das Wachstum der Volkswirtschaft wird durch die Unternehmergewinne also günstig beeinflusst.

Im Konzept der "workable competition" werden also einige Nachteile des Modells der vollständigen Konkurrenz vermieden. Die Aussagen sind realitätsnäher. Die Versorgung wird durch

---

1) Die Leerkosten werden in Nutzkosten umgewandelt, Gutenberg, Betriebswirtschaftslehre, Bd. 1, S. 337 ff..

2) Röpke, Die Lehre von der Wirtschaft, S. 23 ff..

3) Arndt, HdSW Bd. 10, S. 588 ff. 590.

die Einbeziehung des technischen Fortschritts auch in Zukunft gesichert.

Trotzdem sind auch hier einige Bedenken zu berücksichtigen. So trifft die Annahme der Kostendegression bei wachsender Betriebsgröße dann nicht zu, wenn nur kostenmäßig gleichartige Aggregate zusätzlich eingesetzt werden.<sup>1)</sup> Auch eine zu weit reichende Produktdifferenzierung kann die wenig vorteilhafte Ausnutzung der in einer Volkswirtschaft vorhandenen Produktionsfaktoren zur Folge haben. Einerseits können zu kleine Betriebsgrößen entstehen, andererseits vorhandene Minimalkapazitäten nicht genügend ausgenutzt werden. Höhere Kosten können weiterhin bei der Distribution entstehen, etwa durch eine erhöhte Kapitalbindung in den Lägern des Handels. Ferner werden die überproportionalen Gewinne nicht notwendigerweise für die Entwicklung neuer Produkte bzw. die Verbesserung alter verwandt. Die Realisierung des technischen Fortschritts wird insbes. andere dann vernachlässigt, wenn es die Marktstellung des Anbieters zuläßt.

Der Wettbewerbsform der "workable competition" wurde in Deutschland wachsende Bedeutung zugemessen. Während noch der Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik vom Primat der vollständigen Konkurrenz ausging<sup>2)</sup> und den Begriff der "workable competition" nur bei oligopolistischen oder zum Oligopol neigenden Marktformen verwandte<sup>3)</sup>, wird zunehmend diese Wettbewerbsform allgemein angestrebt.<sup>4)</sup>

Doch auch bei der Theorie der "workable competition" fehlt es an einem einheitlichen, allgemein anerkannten Konzept. Der Begriff wurde oftmals zur Charakterisierung unterschiedlicher Tatbestände verwandt.<sup>5)</sup> Außerdem herrscht vor allem über die

---

1) Vgl. Gutenberg zum Fall der multiplen Betriebsgrößenvariation, Betriebswirtschaftslehre, Bd. 1, S. 412 ff..

2) Vgl. Generalbericht des Abg. Dr. Hellwig im Gemeinschaftskommentar, 9. Aufl., S. 1165.

3) Abg. Dr. Hellwig, a.a.O., S. 1166; ebenfalls unter dieser Beschränkung: BGH WuW/E 588 ff./593 (WuW 1964/654), Fenster glas IV.

4) Röpke, HdSW Bd. 12, S. 33.

5) Hoppmann, Festschrift für Wessels, S. 155/156.

Maßstäbe Unsicherheit, mit denen die Intensität der "workable competition" gemessen werden soll. Drei Testarten stehen zur Messung zur Verfügung:

- (1) der Marktstrukturtest, der die Anzahl der Marktteilnehmer mißt,
- (2) der Marktverhaltenstest, der das wettbewerbsrelevante Verhalten der Marktteilnehmer untersucht,
- (3) der Marktergebnistest, der einzig auf die Ergebnisse des Wettbewerbs abstellt und die Unvollkommenheiten in der Marktstruktur und dem Marktverhalten unberücksichtigt läßt.<sup>1)</sup>

Alle diese Markttests kommen ohne subjektive Wertung nicht aus. So ist beim Marktstrukturtest der relevante Markt abzugrenzen<sup>2)</sup>, der sich auch mit Hilfe der sogenannten Substitutionslücke oder der Triffinschen Kreuzpreiselastizität kaum objektiv bestimmen läßt. Eine subjektive Entscheidung über die Austauschbarkeit von Gütern ist unerläßlich. Beim Marktverhaltenstest ist oft die eindeutige Zuordnung eines bestimmten Verhaltens nicht möglich. So kann eine Preissenkung durchaus unterschiedliche Gründe haben, die nicht offen zu Tage liegen. Einer Verhaltensweise müßte also subjektiv eine bestimmte Zielsetzung unterstellt werden. Auch der Marktergebnistest enthält subjektive Wertungen. Da Wettbewerbspolitik in die Zukunft hineinwirken soll, müssen die später eintretenden Ergebnisse geschätzt werden.<sup>3)</sup> Weiterhin müssen die erzielten Marktergebnisse mit potentiellen Marktergebnissen bei anderen Marktdaten verglichen werden, die nur hypothetisch ermittelt werden können.<sup>4)</sup> Prognosen sind jedoch immer durch subjektive Vorstellungen belastet.

---

1) Hoppmann, ZBJV Bd. 102/258/259.

2) Vgl. dazu Günther, Relevanter Markt, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 47 und Beckmann, Abgrenzung des relevanten Marktes.

3) Heuss, Markttheorie, S. 267/268, Note 4.

4) Zur Problematik des Hypothesentests vgl. auch Hoppmann, Festschrift für Wessels, S. 179.

Diese subjektiven Elemente bei der Beurteilung der Wirkungen der "workable competition" haben bisher einheitliche Maßstäbe verhindert. Zwar ist die Theorie der "workable competition" wegen ihrer größeren Wirklichkeitsnähe ein Fortschritt gegenüber dem Modelldenken der vollständigen Konkurrenz, solange einheitliche Beurteilungsmaßstäbe fehlen, ist eine Verwendung als Norm der Wirtschaftspolitik bedenklich. Dafür bedürfte es noch näherer Eingrenzungen.

### 3. Der oligopolistische Wettbewerb Kantzenbachs

In der Diskussion um das wettbewerbspolitische Leitbild hat in den letzten zwei Jahren die Habilitationsschrift von E. K a n t z e n b a c h "Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs" <sup>1)</sup> Aufsehen erregt und manche Diskussion hervorgerufen. In der Arbeit soll ein neuer Ansatz zur Analyse des Wettbewerbs entwickelt werden, der zu einer größeren Realitätsnähe und wirtschaftspolitischen Anwendbarkeit führt. <sup>2)</sup>

Nach K a n t z e n b a c h soll der Wettbewerb im Anschluß an J. M. C l a r k folgende gesamtwirtschaftliche Funktionen möglichst gut erfüllen:

- (1) die Steuerung der Einkommensverteilung nach der Marktleistung,
- (2) die Steuerung der Angebotsstruktur nach den Konsumentenpräferenzen,
- (3) die Optimierung der Faktorallokation,
- (4) die Förderung des technischen Fortschritts,
- (5) die Förderung der Anpassungsflexibilität der Wirtschaft. <sup>3)</sup>

Nur für die vollkommene Erfüllung der drei statischen Wett-

---

1) Wirtschaftspolitische Studien, Heft 1.

2) Vorwort des Herausgebers Harald Jürgensen, zu Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S. 3.

3) Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S. 16 und Konzept JNST Bd. 181/196.

bewerbsfunktionen - der Einkommensverteilung, der Angebotssteuerung und der Faktorallokation - sei die vollständige Konkurrenz auf allen Märkten eine notwendige, aber allein nicht hinreichende Bedingung <sup>1)</sup>; die dynamischen Funktionen - Förderung des technischen Fortschritts und der Anpassungsflexibilität - blieben wegen der statischen Betrachtungsweise unberücksichtigt. <sup>2)</sup>

Wettbewerb werde nur als ein zyklischer Prozeß, in den die dynamischen Funktionen einbezogen seien, richtig verstanden. Ein solcher zyklischer Prozeß werde von den Vorsprungsgewinnen, die ein Unternehmen durch Innovationen erziele, und den Bemühungen der Konkurrenten, diesen Vorsprung wieder einzuholen geprägt. Die Konkurrenten seien zu Anpassungen gezwungen, da sonst durch den Wettbewerb mit den aktiven Unternehmern ihre Existenz gefährdet würde.

Kantzenbach wählt als Maßstab für die Wettbewerbsintensität die Geschwindigkeit, mit der die Vorsprungsgewinne des Innovators wieder abgebaut werden. <sup>3)</sup> Die Interdependenz zwischen Innovation und Nachahmung werde von der Absatzbeweglichkeit bestimmt, die ihrerseits hauptsächlich beeinflußt sei von

- (1) der Nachfragebeweglichkeit,
- (2) der Anbieterzahl,
- (3) der Kapazitätsauslastung. <sup>4)</sup>

Eine nähere Analyse der Abhängigkeit der Wettbewerbsintensität von diesen drei Faktoren führt Kantzenbach zu folgendem Ergebnis: Die Wettbewerbsintensität ist umso größer

- (1) je geringer die Zahl der Konkurrenten ist,
- (2) je geringer cet. par. die Kapazitätsauslastung der Industrie ist und

---

1) Kantzenbach, Konzept, JNSt Bd. 181/215 und Funktionsfähigkeit, S. 19 ff..

2) Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S. 27.

3) Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S. 39 unter Berufung auf J. Niehans.

4) Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S. 43.

- (3) je größer ceteris paribus die Marktvollkommenheit (Produkt-homogenität und Markttransparenz) ist.<sup>1)</sup>

Nach Ausschluß der Kapazitätsauslastung aus der weiteren Betrachtung kommt Kantzenbach zu einer funktionalen Beziehung zwischen der Anbieterzahl und der Marktvollkommenheit einerseits und der Wettbewerbsintensität andererseits. Da die Wettbewerbsintensität jedoch durch Wettbewerbsbeschränkungen beeinträchtigt werde, gelte diese Aussage nur für die potentielle Wettbewerbsintensität, die mit der effektiven durchaus nicht übereinzustimmen brauche.<sup>2)</sup> Daraus folgt die These:

"Die potentielle Wettbewerbsintensität steigt (fällt) mit abnehmender (zunehmender) Zahl der Konkurrenten und mit zunehmender (abnehmender) Marktvollkommenheit."<sup>3)</sup>

Im Gegensatz dazu erreiche die effektive Wettbewerbsintensität ihr Optimum im Bereich weiter Oligopole mit mäßiger Produktdifferenzierung. Der Grund für das Auseinanderfallen von potentieller und effektiver Wettbewerbsintensität liege darin, daß bei sehr kleinen Anbieterzahlen zunehmend an die Stelle wirtschaftlicher Leistung die überwiegende Macht als Auslese-kriterium trete.<sup>4)</sup> In engen Oligopolen werde ein ökonomisches Maximum nur in Preiskämpfen erreicht, die im Wirtschaftsalltag aber sehr selten geworden seien.<sup>5)</sup>

Auf diesen Bedingungen der optimalen Wettbewerbsintensität aufbauend, untersucht Kantzenbach Ursachen und Formen von Wettbewerbsbeschränkungen und empfiehlt abschließend einige wirtschaftspolitische Folgerungen. Diese Ausführungen haben jedoch für das wettbewerbspolitische Leitbild keine Bedeutung.

Die Verbindung von optimaler Wettbewerbsintensität und der Marktform weiter Oligopole ist auf mannigfache Kritik gestoßen.

---

1) Kantzenbach, Konzept, JNST Bd. 181/208.

2) Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S. 45.

3) Kantzenbach, Konzept, JNST Bd. 181/208.

4) Kantzenbach, Funktionsfähigkeit, S. 45.

5) I. Schmidt, WuW 1966/713.

6) Hoppmann, Konzept, JNST Bd. 179/286 ff.; Kaufer, Kantzenbachs Konzept, JNST Bd. 179/481 ff.; Heuss, ORO 1971/1, S. 411 ff.; sowie die Diskussion in JNST Bd. 181/186-188.

Kantzenbachs Absicht ist es, die dynamischen Funktionen <sup>1)</sup> einer Wettbewerbsordnung in die Analyse miteinzubeziehen. Es ist Kantzenbach zuzustimmen, daß das nur möglich ist, wenn man Wettbewerb als evolutorischen Prozeß versteht. Umso überraschender ist es dann, daß der Wettbewerb seine optimale Funktionsfähigkeit nur in einer ganz bestimmten, also statisch fixierten Marktform entwickeln soll. <sup>2)</sup> Selbst wenn Kantzenbach die Verbindung von Wettbewerbsintensität und Marktform ausschließlich auf kürzerfristige Marktprozesse bezieht und bei längerfristigen Marktprozessen eine gegenseitige Abhängigkeit der beiden Kriterien anerkennt <sup>3)</sup>, so ist diese Aussage nicht geeignet, der Bedeutung der dynamischen Funktionen gerecht zu werden. Eine dynamische Betrachtungsweise erfordert längere Beobachtungszeiträume. So sind die Ausgaben für den technischen Fortschritt ein langfristig einzusetzender, dynamisch wirkender Aktionsparameter, der großen Einfluß auf die Marktform haben kann. <sup>4)</sup> Auch die Anpassungsflexibilität muß heute in größeren Zeiträumen gesehen werden. Dauert es doch z.B. drei bis sieben Jahre, ehe ein neues Automodell vom ersten Entwurf ab seine Produktionsreife erlangt hat. <sup>5)</sup> Verfehlt dieses Modell den Käufergeschmack, so ist eine Anpassung an die Kundenpräferenzen erst nach Monaten, wegen der hohen Investitionen meist erst nach Jahren möglich. In einer Analyse kurzfristiger Marktprozesse, auf die Kantzenbach sich beschränkt, lassen sich die dynamischen Elemente des Wettbewerbs nicht hinreichend würdigen. Durch die Verknüpfung des Grades der Wettbewerbsintensität mit der Marktform bleibt das Konzept im statischen Denken verhaftet, auch wenn Kantzenbach häufig seine dynamische Betrachtungsweise betont. <sup>6)</sup> Soll ein Wettbewerbsleitbild realitätsnah sein, so müssen die unterschiedlichen Unternehmertypen in die Analyse

---

1) Das sind die Förderung der Anpassungsflexibilität und des Fortschritts.

2) Hoppmann, Funktionsfähigkeit, JNSt Bd. 181/212.

3) Kantzenbach, Konzept, JNSt Bd. 181/212.

4) Käufer, Konzept, JNSt Bd. 181/247.

5) Vgl. den Ro 80 von NSU. Dazu auch Galbraith, Industriegesellschaft, S. 24, für den Ford Mustang.

6) Funktionsfähigkeit, S. 49/51. Dazu auch Hoppmann, Konzept, JNSt Bd. 179/323; Heuss, ORDO XVIII, S. 414.

einbezogen werden. Denn bei einer dynamischen Betrachtungsweise müßte den Unternehmern, deren Verhalten sich nicht modellhaft erfassen läßt, weil sie mit immer neuen Initiativen auf das Marktgeschehen einwirken, mehr Beachtung geschenkt werden. Dieser Aspekt findet bei Kantzenbach keine Berücksichtigung. Darüber hinaus soll ein wettbewerbspolitisches Leitbild der Wirtschaftspolitik als Orientierung dienen können. Da Wirtschaftspolitik aber langfristig betrieben werden sollte, zumal da die Bedeutung und Notwendigkeit technischen Fortschritts immer mehr in den Vordergrund tritt, kann das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität nicht als Leitbild herangezogen werden. Nur aufgrund der Bedingung einer bestimmten Marktform kann sich eine optimale Wettbewerbsintensität nicht "wie ein Phönix aus der Asche" erheben. <sup>1)</sup> Um die Bedingungen eines optimalen Wettbewerbs bestimmen zu können, bedarf es einer differenzierteren Analyse.

#### 4. Das Konzept der Marktgegenmacht

Je weiter die Diskussion um das wettbewerbspolitische Leitbild fortschritt, umso niedriger wurde die Zahl der Marktteilnehmer, die als optimal angesehen wurde. Die Zielvorstellung ging über eine Vielzahl von Anbietern im Modell der vollständigen Konkurrenz über weniger sich gegenseitig beeinflussende Anbieter bei der "workable competition" bis zu der noch geringeren Zahl der Wettbewerber im weiten Oligopol bei Kantzenbach. Bei diesen Betrachtungen wurde vornehmlich die Anbieterseite untersucht. Im Gegensatz dazu geht J. K. Galbraith <sup>2)</sup> bei seiner Marktkonzeption von je einem Marktteilnehmer bzw. einer Teilnehmergruppe auf der Angebots- und der Nachfrageseite aus.

Nach Galbraith kann der Wettbewerb, der bisher als autonomer Regulator für das Wirtschaftsgeschehen galt, seine Aufgaben nicht mehr erfüllen, da sich die Entwicklung der modernen In-

---

1) Heuss, ORDO XVIII, S. 414.

2) American Capitalism, The Concept of Countervailing Power, 1952.

dustriengesellschaft immer mehr von den Vorstellungen der Wettbewerbstheoretiker entfernt.<sup>1)</sup> So werde das heutige Wirtschaftsbild fortschreitend von immer weniger, dafür aber größeren Unternehmen bestimmt, zwischen denen unvermeidlich die Preiskonkurrenz ausgeschlossen würde, weil die Alternative einem "kommerziellen Selbstmord" gleichkäme.<sup>2)</sup> Die damit zwangsläufig verbundene Zusammenballung wirtschaftlicher Macht werde jedoch durch die Entwicklung einer ähnlichen Machtorganisation auf der anderen Marktseite beschränkt, die durch eben diesen Konzentrationsprozeß ausgelöst werde. Diese Erscheinung auf der Marktgegenseite nennt Galbraith "countervailing power".<sup>3)</sup> Diese Gegenkraft soll ebenso wie in der Modellvorstellung des Wettbewerbs die Machtausübung der Marktparteien neutralisieren.

Die Bedeutung der Konzeption der Gegenkraft wird erst richtig klar, wenn in die Analyse einbezogen wird, ob es sich bei einem bestimmten Markt um einen Käufer- oder einen Verkäufermarkt handelt.<sup>4)</sup> Einfluß auf die Verkäuferseite erhalten die Käufer nur dann, wenn die Nachfrage relativ gering ist, die Verkäufer also auf bestimmte Kunden angewiesen sind. Nur in einer solchen Käufermarktsituation ist die Gegenkraft geeignet, einen zu starken Markteinfluß zu beschränken.<sup>5)</sup> In einem so gearteten Markt bedürfen die Käufer aber eines solchen Schutzes kaum, da sich die Verkäufer um ihre Kunden bemühen müssen und sich in der Qualität zu überbieten und im Preis zu unterbieten trachten. So bestehen für den Käufer aufgrund der wettbewerblichen Rivalität unter den Anbietern genügend Alternativen. Hier sorgt der Wettbewerb mit seiner dauernden Bedrohung der Existenz für eine Bindung der Macht und eine optimale Versorgung der Verbraucher. In einer solchen Situation besteht für die Nachfrager nicht der geringste Anreiz, sich in Gegenkraftorganisationen zusammenzuschließen und sich ohne

---

1) Vgl. insbesondere auch sein neuestes Werk "Die moderne Industriegesellschaft, S. 40 ff., wo er die Entmachtung des Marktes als Wirtschaftsmechanismus ausführlicher erläutert.

2) Amerikanischer Kapitalismus, S. 58.

3) Amerikanischer Kapitalismus, S. 124 ff..

4) Zu den Begriffen vgl. Sölter, Nachfragemacht, S. 39.

5) Das gibt auch Galbraith zu. Amerikanischer Kapitalismus, S. 144.

Notwendigkeit eines Teils ihrer Bewegungsfreiheit zu begeben. Vielmehr reicht ihr Markteinfluß aus - und sei er noch so gering -, um für sich optimale Marktergebnisse zu erzielen.

Anders dagegen in einem Verkäufermarkt, in dem die Nachfrage das Angebot übersteigt. Hier diktieren eindeutig die Anbieter das wirtschaftliche Geschehen. Dem Käufer bleibt nur, entweder zu den vorgeschriebenen Konditionen anzunehmen oder zu verzichten. Gerade in einer solchen Situation wäre eine Gegenkraft notwendig, die die Ausnutzung dieser Machtstellung vereitelte. Ausgerechnet hier aber versagt das Konzept der Gegenkraft. Die Anbieter brauchen auf die Macht und die Größe des Gegenübers kaum Rücksicht zu nehmen, da sie fast immer auf andere Nachfrager ausweichen können. <sup>1)</sup> Einzig ein kompletter Zusammenschluß der gesamten Nachfrage, der auch vor Staatsgrenzen nicht Halt machen dürfte, könnte eine wirksame Gegenmacht in einer solchen Lage sein. Ein derartiger Zusammenschluß ist aber nicht realisierbar.

Seiner Aufgabe, ein automatisch wirkender Regulator der gegenläufigen Interessen im Wirtschaftsleben zu sein, wird das Prinzip der Gegenkraft also nur unvollkommen gerecht. Soweit die Gegenkraft die erwünschten Wirkungen zeigt, verhindert sie nur die monopolistische Ausbeutung der Marktgegenseite; sie bietet aber keine Gewähr dafür, daß sich die gegeneinanderstehenden Gruppen nicht etwa auf Kosten Dritter zu beiderseitigen Nutzen einigen. Außerdem besteht für die Anbietergruppe kein Zwang zu technischem Fortschritt, da sie nicht mit Konkurrenten Schritt halten muß. Soweit Fortschritt gefördert wird, geschieht es freiwillig. Für die Dynamik, die einem optimalen Wirtschaftssystem innewohnen sollte, ist also nicht gesorgt. Mit der Bildung solcher Gegenmachtgruppen würde die Wirtschaft von nur wenigen Marktmachtzusammenballungen beherrscht. Unter gesellschaftspolitischen Aspekten, wie z.B. der Wahrung der Entfaltungsfreiheit, ist eine solche Machtkonzentration nicht wünschenswert. Als generelles Ordnungsprinzip anstelle einer Wettbewerbswirtschaft ist das Konzept

---

1) Galbraith, Amerikanischer Kapitalismus, S. 145.

der Gegenkraft also ungeeignet. Das bedeutet keineswegs, daß seine Anwendung in bestimmten Wirtschaftszweigen, in denen echte Ausnahmebereiche mit natürlichen Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen <sup>1)</sup>, nicht unter Umständen doch gerechtfertigt sein kann. Immerhin kann eine Gegenkraft die Ausübung wirtschaftlicher Macht beschränken und damit staatliche Eingriffe überflüssig machen bzw. die Grenze für solche Eingriffe weiter hinausschieben.

#### 5. Wettbewerb als dynamischer Prozeß

Ein realitätsnahes Wettbewerbsleitbild muß die durch Erfindungen und Produktverbesserungen verursachten Wandlungen auf dem Markt in die Betrachtung einbeziehen. Ein statischer Markt, der nur Iterationen aufweist, ist kaum vorstellbar. Die Beurteilung des Marktgeschehens muß daher an einen Zeitablauf anknüpfen, in dem es zu Mutationen kommt. Solche Mutationen beruhen in der Regel auf außerökonomischen Ursachen wie etwa erfolgreichen Innovationen, die sich in einem Modell nur schwer erfassen lassen. Der naheliegendste Ansatzpunkt für die Berücksichtigung auch dieser Einflüsse ist der Unternehmer, der durch sein Verhalten die Marktdaten ändern kann.

#### 51. Der Einfluß unterschiedlicher Unternehmertypen im Marktprozeß

Ein Ansatzpunkt für eine solche Betrachtungsweise zeigt sich bei H. A r n d t . <sup>2)</sup> In einer Wirtschaftsordnung, in der die Freiheit zu Innovationen gegeben ist, könnten schöpferische Unternehmer immer wieder aufgrund ihrer Fähigkeiten einen Vorsprung vor ihren Konkurrenten gewinnen. <sup>3)</sup> Die Konkurrenten ahmten den schöpferischen Unternehmer nach und bauten so seinen Marktvorsprung wieder ab. Der Wettbewerb pendelte in der Folge zwischen zwei Grenzlinien, der des absoluten Monopols

---

1) Zu der Unterscheidung vgl. Hoppmann, Festschrift für Wessels, S. 173.

2) Schöpferischer Wettbewerb, 1952.

3) Schumpeter, Wirtschaftliche Entwicklung, S. 100.

und der des Isopols, in dem eine totale Nivelierung erreicht ist. Da es sich gleichzeitig immer um eine Vielzahl von Innovations- und Nachahmungsprozessen handele, oszilliere der tatsächlich vorhandene Wettbewerb um eine mittlere Linie zwischen Isopol und Monopol.<sup>1)</sup> Da Innovationen nur eingeholt werden könnten, wenn die Nachahmer sich dem höheren Niveau des schöpferischen Unternehmers anpassen, folge aus dem Vorsprung eines Unternehmers ein Zwang zum technischen Fortschritt für alle Wettbewerber.

Weiter ausgeführt wird diese auf S c h u m p e t e r zurückzuführende Unterscheidung zwischen schöpferischen und nachahmenden Unternehmern bei E. H e u s s .<sup>2)</sup>

H e u s s unterscheidet vier Unternehmertypen:

(1) initiative Unternehmer

(11) Pionierunternehmer

(12) (spontan) imitierender Unternehmer

(2) konservative Unternehmer

(21) (unter Druck) reagierender Unternehmer

(22) immobilierender Unternehmer.

Die Übergänge zwischen diesen Gruppen seien fließend. Auch ein und derselbe Unternehmer könne sich im Laufe seines Lebens vom Pionierunternehmer zum immobilien Unternehmer wandeln.<sup>3)</sup> Jeder dieser Unternehmertypen agiere bzw. reagiere in bestimmten Situationen unterschiedlich. Während die initiativen Unternehmer rasch bereit seien, in einem Markt einzutreten, der ihnen bessere Möglichkeiten biete, änderten die konservativen Unternehmer ihre Unternehmensführung nur bei Bedrohung ihrer Existenz.<sup>4)</sup>

---

1) Arndt, Schöpferischer Wettbewerb, S. 42 und 110 ff..

2) Allgemeine Markttheorie, S. 8/9.

3) So z.B. Henry Ford mit seinem starren Festhalten am T-Modell.

4) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 10 ff..

## 52. Die Entwicklungsphasen des Marktes

Um die Unternehmer, die durch ihre Initiativen gestaltend in das Marktgeschehen eingreifen, in die Analyse einbeziehen zu können, mußte Heuss die herkömmlichen Marktmodelle erheblich erweitern. <sup>1)</sup> Ausgangspunkt seiner Betrachtung ist die Erkenntnis, daß jedes Gut, das neu auf einen Markt gebracht wird, einen Entwicklungsprozeß durchläuft, der in die Experimentierungs-, die Expansions-, die Ausreifungs- sowie die Stagnations- und Rückbildungsphase unterteilt werden kann. <sup>2)</sup> Das Bild des Unternehmers soll sich mit diesen Phasen wandeln.

Die Experimentierungsphase sei von initiativen Pionierunternehmern geprägt. Da für neue Güter eine zusätzliche Nachfrage oftmals erst geschaffen werden müsse <sup>3)</sup>, gingen diese Unternehmer nicht nur das Risiko der technischen Entwicklung, sondern auch das der mißlingenden Nachfragekreierung <sup>4)</sup> ein. Da es zu einer "Selbstzündung der Nachfrage" <sup>5)</sup> nur kommen könne, wenn eine genügend große Zahl von Käufern mit dem Gut zufrieden sei und es weiterempfehle, sei es auch einem Alleinanbieter in dieser Phase nicht möglich, die Ausbringungsmenge zu beschränken, um einen dem Cournotschen Punkt entsprechenden Preis zu erzielen. <sup>6)</sup> Vielmehr werde eine möglichst große Absatzmenge angestrebt. Der Preis nähere sich also den Grenzkosten. <sup>7)</sup>

In der Expansionsphase, die sich durch große Zuwachsraten des Absatzes auszeichne, sollen initiative und spontan imitierende Unternehmer das Bild des Marktes bestimmen. <sup>8)</sup> Der Markt selbst sei noch relativ transparent, so daß die Preise jeweils dem des billigsten Anbieters angepaßt werden müßten. <sup>9)</sup>

---

1) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 14.

2) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 16.

3) Galbraith, Gesellschaft im Überfluß, S. 168 ff..

4) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 30.

5) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 37.

6) Hoppmann, Festschrift für Wessels, S. 163.

7) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 35 ff..

8) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 113.

9) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 55/56.

Nur ein Unternehmer, der sich stets an der Spitze des technischen Fortschritts halte, habe bei dem Kostensenkungswettlauf unter den Anbietern die Gewähr, nicht aus dem Markt gedrängt zu werden. <sup>1)</sup> In dieser Phase herrsche daher auch zwischen wenigen Anbietern ein Wettbewerb, der einer "workable competition" entspreche. <sup>2)</sup>

Dagegen werde die Ausreifungsphase in zunehmendem Maße von konservativen Unternehmern beherrscht <sup>3)</sup>, die unter Druck in diesen Markt eingetreten seien, oder von solchen, die sich im Laufe der Zeit von initiativen zu konservativen Unternehmern gewandelt hätten. Diese Unternehmer neigten eher dazu, sich mit einem Marktanteil zufrieden zu geben, der ihnen noch ein auskömmliches Dasein sichere, als das Risiko eines Oligopolkampfes einzugehen, dessen Überlebender keineswegs feststehe.

Dieses Bild soll sich in der Stagnations- und Rückbildungsphase, in der die Zuwachsraten hinter der Gesamtentwicklung zurückbleiben, noch verstärken. <sup>4)</sup> Die Unternehmer könnten zwar durch erhöhte Anstrengungen die in den Markt eindringenden Güter zeitweise aufhalten, schließlich müßten aber immer mehr Unternehmen aus dem Markt ausscheiden. Auf die Dauer verbliebe für diese Wirtschaftszweige nur eine Grenzfunktion.

Die unvorhersehbaren Initiativen der Unternehmer sind Hauptursache dafür, daß der Marktprozeß mit rein mechanischen Modellvorstellungen nicht richtig gewürdigt werden kann. Nicht nur der Zeitablauf, sondern auch diese externen Einflüsse auf den Markt müssen berücksichtigt werden, um der Dynamik des Marktgeschehens gerecht zu werden.

---

1) Vgl. die Entwicklung der deutschen Automobilindustrie zwischen 1950 und 1962.

2) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 60.

3) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 107.

4) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 107/108.

### 53. Kritische Stellungnahme

Die Markttheorie von E. H e u s s basiert auf Beobachtungen und Erkenntnissen aus dem Wirtschaftsgeschehen. Die Unterteilung in Marktphasen und die Berücksichtigung der verschiedenen Unternehmertypen erlauben eine treffendere Beschreibung der Wettbewerbssituation als es mit Hilfe des Modells der vollkommenen Konkurrenz, der "workable competition" oder einer Interdependenz zwischen Marktform und Wettbewerbsintensität möglich ist.

Gerade die Bedeutung des Unternehmers im Wirtschaftsleben ist aber jüngst bestritten worden. Nach J.K. G a l b r a i t h <sup>1)</sup> ist an die Stelle des Unternehmers in modernen Großbetrieben eine Technostruktur getreten, die die einsamen Entschlüsse des Eigentümer-Unternehmers durch Gruppenarbeit ersetzt. Diese Entwicklung sei wegen der wachsenden Kompliziertheit der Technik und der Entscheidungsprozesse zwangsläufig. Dem Unternehmer bliebe einzig die Entscheidung, eine vorgeschlagene Alternative zu akzeptieren oder abzulehnen. Er würde den umfangreichen und schwierigen Prozeß der Informationsermittlung und -verarbeitung kaum kontrollieren können. Letztlich entschieden also die Technokraten über das Geschick des Unternehmers; sie seien weitgehend autonom. <sup>2)</sup>

Gegen diese Unterschätzung des Unternehmers bestehen Bedenken. Die Technostruktur dient der Vorbereitung von Entscheidungen, deren Tenor allerdings oft präjudiziert wird. Zwar entzieht sich die Technostruktur weitgehend der Beeinflussung, sie dient jedoch nur als Hilfsmittel zur Erreichung vorgegebener Ziele, zur Erfüllung bestimmter Aufgaben. Die Entscheidungen über diese Ziele und die einzelnen Aufträge werden durch das oberste Glied der Technostruktur getroffen. Diese Stelle übernimmt folglich Unternehmerfunktionen.

---

1) In: Industriegesellschaft, S. 76 ff. und 101 ff..

2) Galbraith, Industriegesellschaft, S. 124.

Es muß G a l b r a i t h zugestimmt werden, daß vom Leitbild des Eigentümer-Unternehmers beim Großbetrieb nicht ausgegangen werden kann. Die zunehmende Trennung von Eigentum und Management braucht jedoch nicht unbedingt das Eigeninteresse der Leitenden am Wohlergehen der Firma zu mindern; vielmehr identifizieren sie sich häufig mit den Zielen des Unternehmens.<sup>1)</sup> Gerade durch diese Funktionstrennung wird es möglich, daß initiativen Managertypen das Instrumentarium, insbesondere das Kapital in die Hand gegeben wird, Innovationen zu kreieren. Diese Führungskräfte haben die gleiche Bedeutung wie die Eigentümer-Unternehmer<sup>2)</sup>, so daß ihre Berücksichtigung für ein Wettbewerbsleitbild unerlässlich ist.

Die Bestimmung der von H e u s s aufgezeigten Marktphasen bereitet in der Wirtschaftspolitik hingegen Schwierigkeiten. Es ist kaum möglich, den Zeitraum eines solchen Marktablaufes zu konkretisieren. H e u s s führt zum Teil Spannen bis zu hundert Jahren von der Experimentierungsphase bis zur Stagnationsphase an. Rückblickend läßt sich zwar meist sagen, welche Marktphase verlassen worden ist, die zukünftige Entwicklung ist jedoch nur schwer abzusehen. So kann z.B. durch den Einbruch eines Gutes in einen neuen Markt der Absatz, der schon zu stagnieren schien, einem neuen Höhepunkt entgegenstreben.<sup>3)</sup>

Weiterhin können außer ablaufimmanenten auch gesamtwirtschaftliche Daten auf die Marktentwicklung einwirken. So kann z.B. ein Unternehmer durch das Patentrecht gehindert werden, eine Innovation zu imitieren. Oder der Staat kann aus politischen Gründen die Nachfrage nach einem Gut fördern.<sup>4)</sup>

Die Wahl des Ansatzpunktes "Markt" birgt ein weiteres Problem, das auch bei H e u s s unberücksichtigt bleibt. Die Erscheinung der Diversifikation läßt die Abgrenzung nach relevanten

---

1) Galbraith, Industriegesellschaft, S. 179.

2) Wie stark psychologische Momente wie z.B. pessimistische Erwartungen trotz der Technostruktur wirksam werden können zeigt die letzte Konjunkturkrise in der BRD 1966/67.

3) So scheint die Steinkohle sich z.Zt. in der Rückbildungsphase zu befinden. Die chemische Verwendbarkeit der Kohle könnte jedoch eine neue Expansion ermöglichen.

4) Vgl. die umfangreichen Subventionen im Kohlebergbau.

ten Märkten für ein Gut bzw. eine Güterklasse fragwürdig erscheinen. Die Verflechtung mehrerer Märkte erlauben es den großen Unternehmen in steigendem Maße, ihre Entscheidungen nicht spezialmarktbezogen zu fällen, sondern im Hinblick auf die gesamte Unternehmenspolitik. So können die gleichen Unternehmen auf einem Markt Wettbewerber sein, auf einem anderen in einer Anbieter- und Nachfrager-Beziehung stehen und in einem dritten Markt gemeinsam an einem Forschungsvorhaben arbeiten. Es ist einleuchtend, daß diese Interdependenzen einen erheblichen Einfluß auf die Wettbewerbsintensität eines Einzelmarktes und auf das unternehmerische Verhalten haben.<sup>1)</sup> Die Folge dieser Verflechtung sind immer verwickeltere Unternehmensbeziehungen, denen die Wirtschaftspolitik nur mit sehr differenzierten Methoden gerecht werden kann.<sup>2)</sup> Eine eindeutige Abhängigkeit zwischen nur zwei Faktoren läßt sich nicht feststellen. Es bedarf ausführlicherer Modelle, um einen Markt zutreffend beschreiben zu können.

#### 6. Kriterien für ein Wettbewerbsleitbild

Die Entwicklung eines Marktes wird von vielen Variablen beeinflußt. Es müssen die verschiedenen Wettbewerbsformen der sich gegenseitig beeinflussenden Unternehmen, das Unternehmerverhalten, die Marktphasen sowie die Notwendigkeit der Bindung privater Macht berücksichtigt werden. Diese Variablen lassen sich nicht in einem rechenhaften Modell erfassen. Erstens können sie nicht exakt quantifiziert werden; zweitens wäre ein solches Modell mit den heutigen mathematischen Methoden nicht lösbar.<sup>3)</sup>

Die fehlenden Rechenmöglichkeiten haben wohl auch dazu geführt, daß sich die vorhandenen Marktmodelle nur auf wenige

---

1) Vgl. die Ausführungen Schönauers über die personellen Verflechtungen der EVU in: Marktprozesse, S. 55.

2) Kaufer, ORDO XVIII, S. 114.

3) Generell lösbar sind bisher nur Modelle mit linearen Abhängigkeiten. Solche sind für ein umfassendes Marktmodell sehr unwahrscheinlich. Nichtlineare Modelle sind nur in Ausnahmefällen lösbar.

Variable beschränken. So etwas ist für ein reines Modelldenken durchaus zulässig. Nur wäre es fatal, wenn die dabei gewonnenen Ergebnisse ohne Rücksicht auf die vorgenommenen Vereinfachungen - die methodisch zwar notwendig, aber praktisch oft unrealistisch sind - als Leitbild für die Wirtschaftspolitik angesehen würden. Ein wirtschaftspolitisches Leitbild muß die Folgen eines Eingriffs für sämtliche Variablen berücksichtigen, selbst wenn sie nur aus der Erfahrung bekannt und nicht exakt berechenbar sind. Wegen dieser umfassenden Verpflichtung kann keines der Wettbewerbsleitbilder als repräsentativer Maßstab angesehen werden.

Über die Anforderungen, die an ein Wettbewerbsleitbild gestellt werden müssen, können jedoch einige Aussagen gemacht werden, ohne daß damit ein neues Wettbewerbsleitbild entwickelt werden soll. Diese Kriterien sind als Mindestanforderungen zu verstehen, die im Rahmen eines neuen, hier nicht näher bestimmten Wettbewerbsleitbildes auf jeden Fall berücksichtigt werden müßten.

#### 61. Der staatliche Ordnungsrahmen als Vorbedingung

Für den Ablauf des Wirtschaftsgeschehens muß der Staat einen Ordnungsrahmen bereitstellen. Ein solcher Ordnungsrahmen darf keine bestimmten Verhaltensweisen vorschreiben, sondern kann nur die absoluten Grenzen aufzeigen, die für jede wirtschaftliche Tätigkeit gelten sollen. Verhaltensweisen, die diese Grenzen überschreiten, gelten als wettbewerbshindernd bzw. unlauter und sind generell verboten, ohne daß es eines Beweises ihrer konkreten Schädlichkeit bedarf. Innerhalb dieses Rahmens muß die freie Entfaltungsmöglichkeit der Wettbewerber garantiert sein. Der Staat hat nur insoweit lenkend einzugreifen, als die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ernstlich bedroht ist.

#### 62. Die Beachtung sämtlicher Wettbewerbsformen

Das Leitbild muß sämtliche Formen wettbewerblichen Verhaltens in die Betrachtung einbeziehen, nicht nur die Preiskonkurrenz. So können der Rabatt-, der Qualitäts- und Konditionenwettbewerb sowie der Substitutionswettbewerb die Konkurrenten

ebenfalls zu größten Anstrengungen zwingen. <sup>1)</sup> Eine wichtige Aufgabe hat in diesem Zusammenhang auch die Produkt- und Firmenwerbung. Sie dient weniger der sachlichen Information als der Schaffung außerökonomischer Präferenzen für ein bestimmtes Gut. Die Konkurrenten sind dann gezwungen, diesen Vorsprung wieder abzubauen.

Zusätzlich ist der potentielle Wettbewerb zu berücksichtigen. Die Wettbewerber können sich nie auf die bestehenden Marktdaten verlassen, die durch einen auf den Markt drängenden Außen-seiter sehr schnell grundlegend gewandelt werden können.

Diese anderen Wettbewerbsformen haben durchaus Bedeutung neben der Preiskonkurrenz. Nur sind sie bisher nicht so ausführlich untersucht worden, weil sich die Voraussetzungen der Preiskonkurrenz sowie ihre Abläufe am genauesten erfassen ließen.

### 63. Die Berücksichtigung der Marktphasen und des unternehmerischen Verhaltens

Die morphologische Struktur eines Marktes kann nur im Zusammenhang mit der Marktphase und den damit verbundenen unternehmerischen Verhaltensweisen richtig beurteilt werden. Je nach Marktphase ist bei gleicher Marktstruktur die Wettbewerbsintensität und die Neigung zu wettbewerbsbeschränkenden Absprachen verschieden. So sind wettbewerbsbeschränkende Absprachen weniger zu befürchten, wenn die Zuwachsraten noch steigen, da dann alle Wettbewerber ihren Absatz ausdehnen können. Es müssen aber Kooperationen und Unternehmenszusammenschlüsse erlaubt sein, die erst das Kapital freisetzen, das kleineren Unternehmen den Marktzutritt ermöglicht. In der Ausreifungsphase dagegen, in der sich die Unternehmer in eine gegebene Nachfrage teilen müssen, besteht ein starker Anreiz zu Kartellen.

Problematisch bleibt aber die Frage, wie solche Kriterien quantifiziert werden können, da sich weder die Marktphase exakt

---

1) v. Renthe, gen. Fink, WuW 1967/575.

bestimmen noch das unternehmerische Verhalten eindeutig zuordnen lassen. Wenn aber diese Daten nicht exakt ermittelt werden können, müssen wenigstens die Voraussetzungen für die Marktentwicklung so beschaffen sein, daß sich Wettbewerb entwickeln kann.

Solange freier Marktzutritt herrscht, steht der Expansion eines Marktes nichts im Wege. Jeder fortschrittlichere oder technisch besser gerüstete Unternehmer kann in den Markt drängen. Damit kann der jeweils mögliche technische Fortschritt realisiert werden. Außerdem sorgt die Gefahr des Marktzutritts von Außenseitern dafür, daß auch die anderen Anbieter gezwungen sind, dauernd ihre Leistungen dem höchsten Niveau anzupassen.

Die zeitliche Entwicklung des Marktes läßt sich aus den jährlichen Wachstumsraten, also Ist-Zahlen, relativ genau bestimmen. Der Wechsel von einer Phase in eine andere wird nicht abrupt vor sich gehen, sondern sich durch sinkende Wachstumsraten ankündigen. Erst wenn die Zuwachsraten längere Zeit fallende Tendenz aufweisen, wenn also der Trend eindeutig ist, spricht das für den Übergang zu einer späteren Marktphase.

#### 64. Die Bindung privater Macht

Eine Wettbewerbsordnung beruht auf dem Grundgedanken des äquivalenten Tausches. <sup>1)</sup> Damit wird gleichzeitig gefordert, daß kein Marktteilnehmer einem anderen seinen Willen aufzwingen kann, weil dann der Tauschmechanismus gestört würde. Da jedoch nicht mit vornehmer Zurückhaltung des jeweils Mächtigen gerechnet werden kann, führt der Tausch nur dann zu einem gerechten Interessenausgleich, wenn beide Marktteilnehmer gleich mächtig bzw. gleich machtlos sind. <sup>2)</sup> Die Unmöglichkeit, die Macht der wirtschaftlichen Starken zu beseitigen, hat Galbraith wohl zu seinem Konzept geführt, diese Macht durch Gegenmacht wenigstens zu neutralisieren. Soweit wirtschaftliche Macht als gegeben hingenommen werden muß, ist ihre Ausübung Bindun-

---

1) Mestmäcker, JZ 1964/443.

2) Böhm, Das Problem der privaten Macht, in Reden und Schriften, S. 32 ff..

gen zu unterwerfen, die dafür sorgen, daß der Wettbewerbsgedanke nicht außer Kraft gesetzt wird. Soweit durch natürliche Wettbewerbsbeschränkungen ein Machtausgleich zwischen den einzelnen Wirtschaftssubjekten ausgeschlossen wird, kann der Mißbrauch der Macht teilweise durch die Bildung von Gegenmacht ausgeschlossen werden. Daher sollte dieser Gedanke gerade für Ausnahmereiche einer Wettbewerbsordnung im Auge behalten werden.

Zwar fehlt es somit an einem operationalen Wettbewerbsleitbild, es sind jedoch einige Kriterien gefunden worden, die ein solches Leitbild erfüllen müßte. Auch wenn diese Kriterien noch unvollständig, also ergänzungsbedürftig sind, so eignen sie sich doch besser zur Beurteilung der Wettbewerbssituation eines Wirtschaftszweiges als realitätsferne Modelle. Diese Kriterien sollen nunmehr zur Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse in der Elektrizitätswirtschaft verwandt werden. Dabei müssen alle Wettbewerbsfaktoren in ihrer Gesamtheit gesehen werden. Denn Wettbewerbsformen, die einzeln betrachtet wenig wirksam sind, können durch ihre Summierung einen insgesamt wirksamen Wettbewerb ergeben. <sup>1)</sup>

b) Die Reichweite des Wettbewerbs in der Elektrizitätswirtschaft

In der Elektrizitätswirtschaft bestehen Besonderheiten, die eine genaue Analyse notwendig machen, wieweit der Wettbewerb als Ordnungsfaktor überhaupt geeignet ist. Auf diese Besonderheiten haben sich die Vertreter der EVU bei der Beratung des GWB immer wieder berufen, um zu beweisen, daß der Wettbewerb als Ordnungsprinzip für diesen Wirtschaftszweig ungeeignet sei. <sup>2)</sup>

Für die Notwendigkeit der Freistellung von § 1 GWB wurden folgende Gründe angeführt <sup>3)</sup>:

---

1) So der BGH im Beschluß zu Fensterglas II vom 5.2.1968 in BB 1968/521/523.

2) Lilienfein, EltW 1962/57; Ruzek, EltW 1959/624; Eiser-Riederer-Sieder II, S. 4 ff..

3) Schelberger im Gemeinschaftskommentar, § 103/3.

(1) Die Versorgung mit Elektrizität sei leitungsgebunden. Die Verteilung von Strom erfordere daher sehr hohe Investitionen, deren Fehlplanung schon aus volkswirtschaftlichen Gründen vermieden werden müßte. Herrschte in der Elektrizitätswirtschaft freier Wettbewerb, so bestünde eine alternative Kaufmöglichkeit nur für einige Großabnehmer. Einen zusätzlichen Haushaltsabnehmer anzuschließen verursache so hohe Kosten, daß ein konkurrierendes Unternehmen in der Regel nicht daran interessiert sei, dort, wo ein neues Leitungssystem verlegt werden müßte, einzelne Tarifabnehmer zu gewinnen. Im Wettbewerb um die Großabnehmer würden dann häufig zu niedrige Preise (Kampfpreise) geboten, die durch Übergewinne bei den Tarifabnehmern subventioniert werden müßten. Damit sei dem Ziel der sicheren und billigen Versorgung nicht gedient.

(2) Strom lasse sich nicht speichern.

Die Erzeugungskapazitäten müßten deshalb immer dem jeweiligen Spitzenbedarf angepaßt sein. Die Investitionen für die Erzeugungsanlagen seien sehr hoch, der Kapitalumschlag dagegen verhältnismäßig gering.<sup>1)</sup> Wegen des großen Fixkostenanteils führe nur eine hohe Ausnutzung der Kapazitäten zu vertretbaren Preisen. Der Zwang zur Kapazitätsausnutzung bedinge aber eine gut durchmischte Abnehmerstruktur.<sup>2)</sup> Mit diesen Argumenten erreichten die EVU, daß ihre Vorstellungen über eine Ausnahmeregelung vollständig in das GWB übernommen wurden.<sup>3)</sup> Die Stellung der EVU als Regionalmonopolisten ist durch § 103 Abs. 1 GWB sanktioniert worden. Die EVU können ihre Versorgungsgebiete durch Demarkationsabsprachen und aufgrund von Konzessionsverträgen mit den Gemeinden als den Wegeeigentümern sichern. Von diesen Sicherungsmöglichkeiten ist ausgiebig Gebrauch gemacht worden. Bis 1967 sind insgesamt

---

1) Vgl. dazu Gröner, ORDO XV/XVI, S. 401.

2) Begründung zum Regierungsentwurf, zu § 77 a.a.O., S. 1126.

3) Schelberger im Gemeinschaftskommentar, § 103/1.

36 799

Verträge im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB angemeldet worden, davon

3 475

wegen ihrer überregionalen Bedeutung beim Bundeskartellamt. <sup>1)</sup>  
Damit besteht praktisch kein Versorgungsgebiet mehr, das nicht durch Verträge nur einem EVU zugeordnet ist.

Die Begründungen für diese umfassende Aufteilung der Versorgungsgebiete sind jedoch so pauschal <sup>2)</sup>, daß ihre Berechtigung im folgenden näher untersucht werden soll. Diese Untersuchung kann und soll sich im Rahmen dieser Arbeit aber nicht auf das Problem der volkswirtschaftlich optimalen Organisation der Elektrizitätswirtschaft erstrecken. Es geht hier nur um die Frage, ob die Besonderheiten in der Elektrizitätswirtschaft dazu zwingen, die Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörde durch die Ausnahmen vom Kartellverbot des § 1 GWB in § 103 Abs. 1 GWB in diesem Umfang einzuschränken.

#### 1. Der Wettbewerb zwischen den EVU als Anbietern

Wettbewerb zwischen Anbietern setzt voraus, daß am gleichen Ort und zur gleichen Zeit in Preisen, Konditionen oder Qualitäten unterschiedliche Angebote konkurrierender Anbieter gemacht werden. Der Käufer muß zwischen verschiedenen Lieferanten wählen können.

Ein solcher Wettbewerb ist durch die Marktaufteilung in der Elektrizitätswirtschaft ausgeschlossen. Um feststellen zu können, inwieweit eine solche Marktaufteilung sachlich gerechtfertigt ist, muß zwischen dem Leitungs- und dem Erzeugungsbereich unterschieden werden.

#### 11. Die Leitungsgebundenheit als Argument gegen Wettbewerb

Die Leitungsgebundenheit der Elektrizität als technische Besonderheit der EVU ist unbestritten. Die EVU müssen für den Absatz ihrer Erzeugnisse Investitionen vornehmen, wie sie weder nach dem Umfang noch in der Relation zu den Produktions-

---

1) Tätigkeitsbericht des BKA 1967, Bundestags-Drucksache V/2841, S. 85.

2) Diese Argumente werden häufig einfach als Datum übernommen. Vgl. Vogel, Kommunale Unternehmen, S. 17.

kosten in anderen Industriezweigen anfallen.

# 111. Die Erstellungskosten des Leitungsnetzes

Über die Erstellungskosten lassen sich kaum allgemein gültige Aussagen machen, da die Verlegungskosten unterschiedlich hoch sind und in Abhängigkeit von der Versorgungsdichte stark differieren. Es können jedoch Durchschnittswerte für die Materialkosten pro km einer bestimmten Spannung genannt werden. Nach Angabe des VDEW ergeben sich bei den üblichen Querschnitten in Abhängigkeit von der Spannung etwa folgende Kosten je km. <sup>1)</sup>

Tab. 1: Die Materialkosten je km Kabel oder Freileitung in Abhängigkeit von der Spannung

| Leistungsart | Spannung       | Materialkosten in DM/km |
|--------------|----------------|-------------------------|
| Kabel        | Niederspannung | ca. 13.000              |
|              | 10 kV          | ca. 35.000              |
|              | 110 kV         | ca. 180.000             |
| Freileitung  | Niederspannung | 20.000 - 25.000         |
|              | Mittelspannung | 25.000 - 30.000         |
|              | Hochspannung   | 110.000 - 180.000       |

Um eine bessere Vorstellung von der Größenordnung der Erstellungskosten zu vermitteln, seien als Beispiel die Gesamtherstellungskosten für den Leitungsbau angegeben, die aus den Geschäftsberichten 1965/66 und 1966/67 der RWE sowie den Berichten 1965 und 1966 der VEW in Tabelle 2 <sup>2)</sup> zusammengestellt sind.

Aussagekräftiger sind die geschätzten Kosten für den gesamten Leitungszugang in der BRD einschließlich Westberlins im

1) Die Werte stammen von April 1967.

2) S. 72.

Tab. 2 : Die Kosten von Leitungsnetzen am Beispiel der RWE und der VEW in den Geschäftsjahren 1965/66 und 1966/67 bzw. 1965 und 1966

| Spannungs-<br>gruppen | Zugang in km |         | Kosten<br>in Mill. DM |           | durchschnittliche<br>Kosten pro km<br>in 1000 DM |         |
|-----------------------|--------------|---------|-----------------------|-----------|--------------------------------------------------|---------|
|                       | 1965/66      | 1966/67 | 1965/66               | 1966/67   | 1965/66                                          | 1966/67 |
| 1. <u>RWE</u>         |              |         |                       |           |                                                  |         |
| Hoch-<br>spannung     | 376          | 276     | 104,0                 |           |                                                  |         |
| Mittel-<br>spannung   | 1 010        | 1 050   | } 229,5               | } - 352,6 | ca. 130                                          | ca. 132 |
| Nieder-<br>spannung   | 1 230        | 1 360   |                       |           |                                                  |         |
| Summe                 | 2 616        | 2 686   | 333,5                 | 352,6     |                                                  |         |
| 2. <u>VEW</u>         |              |         |                       |           |                                                  |         |
| Hoch-<br>spannung     | 136          | 235     | } - 164,0             | } 179,2   | ca. 111                                          | ca. 209 |
| Mittel-<br>spannung   |              | 622     |                       |           |                                                  |         |
| Nieder-<br>spannung   |              |         |                       |           |                                                  |         |
| Summe                 | 1 486        | 857     | 164,0                 | 179,2     |                                                  |         |

Jahre 1965 von

26 110 km. 1)

Nach den Werten der RWE für 1965/66 wurden für diese Investition

ca. 3,394 Mrd. DM

benötigt. 2)

Die Bedeutung dieser Summe läßt sich aber nur richtig in ihrer Relation zum Bruttosozialprodukt ermessen. Das Bruttosozialprodukt in der BRD betrug 1965

448 Mrd. DM.

Die Leitungsinvestitionen machen demnach nur etwa

0,76 %

des Bruttosozialproduktes aus. 3)

Die Gefahr von Fehlinvestitionen ist tatsächlich aber noch viel geringer. Es ist abwegig, den EVU zu unterstellen, daß sie in einer Wettbewerbsordnung die Aufwendungen für den gesamten Leitungsbau fehlinvestierten. Fehlinvestitionen dürften selbst im allerschlimmsten Fall die 10 %-Grenze, d.h.

ca. 340 Mill. DM

nicht überschreiten. Höhere Werte müssen als einseitige, zweckgerichtete Schwarz-Weiß-Malerei angesehen werden. Trotzdem läßt sich aus volkswirtschaftlicher Sicht die Gefahr von Fehlinvestitionen, wenn auch in diesem geringen Maße, nicht von der Hand weisen. Es ist aber sehr zweifelhaft, ob gerade Wettbewerbsbeschränkungen dazu geeignet sind, volkswirtschaftliche Fehlinvestitionen zu verhindern. Die Investitionen der EVU

---

1) Errechnet aus den Angaben über die Leitungslängen in "Die öffentliche Elektrizitätsversorgung", 1965, S. 19.

2) Die Durchschnittskostenziffer für die Leitungsinvestitionen bezieht sich zwar auf einen anderen, um sechs Monate verschobenen Berechnungszeitraum, es sollen hier aber nur die Größenordnungen aufgezeigt werden.

3) Vgl. Fußn. 2).

werden nur aus der einzelwirtschaftlichen Perspektive der EVU geplant, es fehlt eine zentrale Abstimmung der Investitionen. Das wird sich besonders dann nachteilig auswirken, wenn die durch Demarkationsverträge gesicherten EVU zur Kooperation nicht oder nur zögernd bereit sind.

Sollen Fehlinvestitionen vermieden werden, so muß der Staat lenkend eingreifen können, um gesamtwirtschaftliche Interessen gegen die einzelwirtschaftlichen Belange durchsetzen zu können. Für ein solches Eingreifen steht mit § 4 EnWG eine Ermächtigungsgrundlage bereit. Die Gefahr der Fehlinvestitionen begründet eine so weitgehende Wettbewerbsbeschränkung nicht.

112. Die Abnehmerstruktur als Argument gegen die Wettbewerbsbeschränkungen

Wird die Struktur der Abnehmer untersucht, so ergeben sich weitere Argumente gegen die Notwendigkeit der Wettbewerbsbeschränkung.

Über den Stromverbrauch der Sonder- und Tarifabnehmer in den letzten Jahren gibt Tabelle 3 Aufschluß.

Tab. 3: Der Stromverbrauch der Sonder- und Tarifabnehmer in den Jahren 1963 - 1965

| Jahr | Sonderabnehmer<br>in GWh | Tarifabnehmer<br>in GWh | Insgesamt<br>in GWh |
|------|--------------------------|-------------------------|---------------------|
| 1963 | 61 138                   | 32 703                  | 93 841              |
| 1964 | 67 129                   | 35 498                  | 102 627             |
| 1965 | 70 570                   | 39 197                  | 109 767             |

Quelle: Die öffentliche Elektrizitätsversorgung 1965, S. 26

Die Sonderabnehmer beziehen also den weitaus größten Teil des erzeugten Stroms; 1965 betrug ihr Anteil

ca. 64 %.

Allerdings steigt der Anteil der Tarifabnehmer ständig an.

Auch diese Angaben lassen Rückschlüsse auf die Kosten der Stromverteilung zu. Sonderabnehmer werden in der Regel mit

Strom im Bereich der Mittel- oder Hochspannung versorgt. Der Bau von Leitungen für solche Betriebsspannungen ist zwar teurer als der für Niederspannung, dafür werden aber erheblich weniger Leitungskilometer im Verhältnis zur abgegebenen Leistung benötigt. Es könnte daher für ein EVU durchaus wirtschaftlich sein, eine Versorgungsleitung zu einem Sonderabnehmer, der die Abnahme eines bedeutenden Anteils des produzierten Stromes garantiert, zu bauen, selbst wenn bereits eine Leistung eines Konkurrenten existiert. Ein Wettbewerb um Sonderabnehmer ist daher theoretisch durchaus denkbar. Ob eine solche zweite Leitung auch volkswirtschaftlich sinnvoll ist, sollte allein die Fachaufsichtsbehörde zu entscheiden haben, die auf Grund der Ermächtigung des § 4 EnWG den Bau notfalls verhindern kann.

Im Gegensatz dazu ist es sicher nicht wirtschaftlich, einen zusätzlichen Haushaltsabnehmer in einem fremden Versorgungsgebiet durch den Bau einer neuen Leitung anzuschließen. Dafür ist die Abnahmemenge viel zu gering. Für den Bereich der kleineren Stomabnehmer, auf die immerhin ein Drittel der Stromabgabe entfällt, besteht also aus Rentabilitätsbetrachtungen eine natürliche Wettbewerbsbeschränkung, die alternative Angebote verschiedener Anbieter ausschließt. Da Mißbräuche der Markstellung hier nicht durch Wettbewerb verhindert werden können, müssen andere Ordnungsprinzipien eingreifen.

#### 113. Die Angebotsstruktur als Argument gegen die Wettbewerbsbeschränkungen

Die Situation in der Stromverteilung kann nicht ohne eine Untersuchung der Zusammensetzung der Stromangebote richtig gewürdigt werden.

In der BRD einschließlich Westberlins gab es 1965 insgesamt

766 <sup>1)</sup>

EVU, die Strom an Letztannehmer abgaben. Die gesamte Abgabe

---

Die öffentliche Elektrizitätsversorgung, 1965, S. 39.

aus dem öffentlichen Leitungsnetz betrug 1965

109 767 GWh.

Den 766 Unternehmern, die Strom an Letztverbraucher abgeben, stehen nur

381 1)

Unternehmen gegenüber, die selbst Strom erzeugen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Löwenanteil sowohl der Stromerzeugung als auch der Abgabe an Letztabnehmer - unmittelbar oder über Weiterverteiler - auf die drei größten EVU entfällt. 2) Eine Vielzahl von kleinen, meist kommunalen Unternehmen beschränkt sich darauf, Strom einzukaufen und in ihrem Gemeindegebiet weiterzuverteilen.

Es fragt sich, ob nicht die technischen Vorteile geschlossener und gesicherter Versorgungsgebiete durch betriebswirtschaftliche Unzulänglichkeiten mehr als wettgemacht werden.

Die bei der Verteilung anfallenden Kosten sind neben anderen Einflußfaktoren auch abhängig von der Betriebsgröße des Unternehmens. Unwirtschaftliche Betriebsgrößen, bei denen die Anlagen relativ klein und kostenungünstig sind, für die aber produktivere Anlagen zu teuer sind, zumal da sie nicht genügend ausgenutzt würden, werden häufig bei den kleineren EVU anzutreffen sein. Wachsende Produktivität geht in der Regel mit wachsenden Betriebsgrößen Hand in Hand. Der Erreichung solcher kostengünstigerer Betriebsgrößen scheinen die Demarkations- und Konzessionsverträge eher hinderlich als förderlich zu sein. 3) Die Freistellung von § 1 GWB in § 103 Abs. 1 GWB hat nicht den Sinn, bestehende Besitzverhältnisse einzelner EVU ohne Rücksicht auf die technische und wirtschaftliche Entwicklung zu garan-

---

1) Die öffentliche Elektrizitätsversorgung, 1965, S. 39.

2) Der Anteil der RWE, der VEBA und der VEW dürfte 1965 bei mittelbarer und unmittelbarer Abgabe etwa 60 % betragen haben. Eine genauere Angabe ist nicht möglich, da den Daten in den Geschäftsberichten unterschiedliche Zeiträume zugrunde liegen.

3) Resch, Preisbildung, S. 110 und 142 unter Hinweis auf die VIK-Mitteilung 2/1963, S. 42 ff..

tieren, sondern sie soll der optimalen Versorgung dienen. Die optimale Versorgung scheint aber nicht gesichert, wenn kleinere EVU unter Hinweis auf § 103 Abs. 1 GWB leistungsstärkeren EVU die Versorgung in ihrem Gebiete untersagen können <sup>1)</sup>, zumindest ist die Erreichung des Zieles angesichts der starren Zuordnung der Versorgungsgebiete zweifelhaft.

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß die Besonderheiten auf dem Elektrizitätsmarkt keinen so weitgehenden Ausschluß des Anbieterwettbewerbs erfordern wie er durch Demarkations- und Konzessionsabsprachen erfolgt ist.

(1) Die Kosten des Leitungsnetzes sind zwar erheblich, die Gefahr von Fehlinvestitionen ist aber im Verhältnis zum Investitionsvolumen gering, da auch bei den EVU das Rentabilitätsdenken im Vordergrund steht. Zur Verhinderung von volkswirtschaftlichen Fehlinvestitionen sind privatwirtschaftliche Wettbewerbsbeschränkungen denkbar ungeeignet. Diese Aufgabe hat der Staat zu besorgen, dem in § 4 EnWG auch eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung steht.

(2) Im Einzelfall kann eine zusätzliche Leitung für ein EVU lohnend sein, sofern es sich um die Versorgung eines Sonderabnehmers handelt. Ein Sonderabnehmer wird aber nur dann ein anderes Angebot annehmen, wenn es günstiger als das derzeitige ist. Das leistungsstärkere EVU wird jedoch durch die Demarkations- und Konzessionsverträge von der Versorgung ausgeschlossen.

(3) Den leistungsschwächeren EVU wird durch Demarkations- und Konzessionsabsprachen der Abnehmerbestand mitunter auf Kosten der Billigkeit der Versorgung gesichert. Die so oft heraufbeschworene Gefahr von Fehlinvestitionen im Leitungsnetz dürfte m.E. kaum größer sein als die Gefahr der durch die Wettbewerbsbeschränkungen ermöglichten, unwirtschaftlichen Unternehmensgrößen.

---

<sup>1)</sup> Heinemann, EltW 1964/958, meint im Zusammenhang mit der Konzentrationsenquete, § 103 GWB wirke sich konzentrationshemmend aus.

## 12. Die mangelnde Speicherfähigkeit des Stromes als Argument gegen Wettbewerb

Der zweite Schwerpunkt der Elektrizitätswirtschaft liegt in der Stromerzeugung. Einmal erzeugter Strom ist nicht lagerfähig. Soll die Nachfrage auch in Spitzenbedarfszeiten befriedigt werden, muß eine große Erzeugungskapazität vorgehalten werden. Dazu sind hohe Investitionen im Kraftwerksbau erforderlich, obwohl alle Anlagen nur selten voll ausgenutzt werden. <sup>1)</sup> Liegen Anlagen aber zeitweise still, so müssen die fixen Kosten dieser Anlagen ebenfalls auf die abgegebene Strommenge umgelegt werden. Diese Tatsache erklärt das Streben der EVU nach einer möglichst hohen Ausnutzung der vorhandenen Kapazitäten.

Eine ganz andere Frage ist aber, ob diese unbestreitbaren Besonderheiten zu einem so weitgehenden Ausschluß des Wettbewerbs zwingen. Eine Antwort auf diese Frage kann nur durch eine detailliertere Untersuchung gegeben werden.

## 121. Die Baukosten für ein Kraftwerk

Für den Bau eines Kraftwerks, das mit herkömmlichen Primärenergien betrieben wird, wurden etwa folgende Kosten ermittelt

|            |                                   |
|------------|-----------------------------------|
| Steinkohle | 500 DM/kW                         |
| Braunkohle | 520 DM/kW                         |
| Heizöl     | 450 DM/kW                         |
| Laufwasser | 1.500 - 3.000 DM/kW <sup>2)</sup> |

Ein Steinkohlekraftwerk mit einer Gesamtleistung von

600 MW

würde also eine Investition von ungefähr

300 Mill. DM <sup>3)</sup>

- 
- 1) Die Engpaßleistung übersteigt die durchschnittliche nachgefragte Menge etwa um das Doppelte.
  - 2) Mitgeteilt vom VDEW, April 1967; gleiche Werte finden sich auch bei Schäfer, Volkswirt 1966/403.
  - 3) Derartige Investitionssummen sind auch in anderen Industriezweigen üblich. Die Hütte Bremen der Klöcknerwerke AG mit einer Kapazität von 1,7 - 1,8 Mill. Tonnen Rohstahl pro Jahr sollte nach Schätzungen von 1960 etwa 1.000 Mill. DM kosten. Vgl. Handelsblatt Nr. 29 vom 9.2.1967, S. 6.

erfordern.

Für die Kernkraftwerke, die in Zukunft größere Bedeutung erlangen werden, muß heute noch mit

1.000 - 1.200 DM/kW

gerechnet werden. Diese spezifischen Anlagekosten sollen jedoch rasch sinken und bald bei großen Kapazitäten von 500 - 600 MW nur noch

550 DM/kW

betragen. <sup>1)</sup>

Die Anlagekosten sind von der erstellten Kapazität abhängig. Je größer ein Kraftwerk ist, umso geringer sind die spezifischen Kosten. Werden z.B. die Anlagekosten pro kW eines Steinkohlenkraftwerks von 100 MW auf 100 % festgesetzt, so ergeben sich Anlagekosten pro kW

bei 300 MW von 72 % und  
bei 500 MW von 62 %. <sup>2)</sup>

Eine weitere Abhängigkeit besteht zwischen den Kosten und der Blockgröße der einzelnen Stromerzeugungseinheiten. Setzt man z.B. bei einem Steinkohlekraftwerk mit einer Kapazität von 12 mal 100 MW die Anlagekosten pro kW = 100 %, dann sind bei  
2 mal 600 MW die Anlagekosten pro kW = 67 %.

Diese Zahlen zeigen deutlich, daß größere Kraftwerke mit größeren Blockeinheiten in der Regel billiger Strom erzeugen können. Dabei sind jedoch Einschränkungen zu berücksichtigen. So arbeiten Laufwasserkraftwerke mit sehr niedrigen, erzeugungsabhängigen Kosten, auch wenn ihre Kapazität gering ist. Nur zur Deckung des Spitzenbedarfs sind kleinere und mittlere Anlagen häufig geeigneter, da sie weniger Anlaufzeit bis zur Bereitstellung ihrer vollen Leistung benötigen. Andererseits

---

<sup>1)</sup> Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung vom 23.8.1966.

<sup>2)</sup> Riemerschmidt, Volkswirt 1965/742.

dürften sich gerade bei der Deckung des Spitzenbedarfs durch den Einsatz größerer Einheiten Kosten sparen lassen, wenn ein gut ausgebautes Verbundsystem zur Verfügung steht.

Der mit größeren Kraftwerkseinheiten verbundenen Kostengression wird in der deutschen Elektrizitätswirtschaft nur sehr wenig Rechnung getragen. Ein Blick auf die Struktur der Unternehmen mit Elektrizitätserzeugung soll dies verdeutlichen. 1965 gab es

381 Unternehmen,

die eine Engpaßleistung von

26 637 MW

aufwiesen. <sup>1)</sup> Da die meisten Unternehmen über mehr als ein Kraftwerk verfügen, dürfte die durchschnittliche Leistung der einzelnen Kraftwerke nur gering sein. Hinzu kommt, daß es einige große Kraftwerke gibt, die einen erheblichen Teil der Engpaßleistung befriedigen. So waren in den Kraftwerken Frimmersdorf, Weisweiler und Niederaußem der RWE und den Kraftwerken Gersteinwerk und Westfalen der VEW im Jahre 1965

4 279 MW

Engpaßleistung installiert. Die Anteile der fünf größten EVU im Jahre 1960 ergeben sich aus Tabelle 4.

---

1) Die öffentliche Elektrizitätsversorgung 1965, S. 39.

Tab. 4: Die Anteile der fünf größten EVU und ihrer Unternehmensverbindungen an der Engpaßleistung, der Brutto-Erzeugung, der Abgabe an Sonderabnehmer und der Abgabe an Tarifabnehmer im Jahre 1960

|                          | Anteile der<br>Unternehmen<br>in % | Anteile der<br>Unternehmens-<br>verbindungen<br>in % |
|--------------------------|------------------------------------|------------------------------------------------------|
| Engpaßleistung           | 43,6                               | 52,8                                                 |
| Brutto-Erzeugung         | 50,5                               | 58,4                                                 |
| Abgabe an Sonderabnehmer | 43,1                               | 48,7                                                 |
| Abgabe an Tarifabnehmer  | 23,6                               | 32,7                                                 |

Quelle: Heinemann, EltW 1964/958

Bleiben Laufwasserkraftwerke wegen ihrer niedrigen Erzeugungskosten unberücksichtigt, auch wenn sie nur eine geringe Leistung haben, - ihr Anteil an der Brutto-Stromerzeugung betrug 1965 nur ca. 12 % -, so läßt sich schließen, daß viele Unternehmen Kraftwerke mit unwirtschaftlichen Betriebsgrößen haben. In den Versorgungsgebieten dieser EVU rechtfertigen dann die höheren Kosten zwar höhere Preise, dem Ziel einer sicheren und billigen Versorgung mit Energie ist damit aber nicht gedient. Solange die kleineren EVU ihre Erzeugungsanlagen nur nach dem Bedarf ihrer eigenen Versorgungsgebiete planen und nicht wenigstens zu stärkerer Zusammenarbeit bei der Stromerzeugung mit benachbarten EVU bereit sind <sup>1)</sup>, sind die Gefahren von Fehlinvestitionen wegen unwirtschaftlicher Kraftwerksgrößen aufgrund des starken Gebietsdenkens der EVU viel größer als die Gefahren doppelten oder dreifachen Leitungsbaus.

---

1) H.K. Schneider, Weiterentwicklung, S. 20/21.

## 122. Die Abnehmerstruktur als Argument für Wettbewerbs- beschränkungen

Es bleibt aber das Problem, daß selbst geringe Nachfrageschwankungen zu einer entsprechenden Produktionseinschränkung bzw. -erhöhung führen. Zwar gibt es auch andere Wirtschaftszweige, die große, im Jahresdurchschnitt nur teilweise genutzte Kapazitäten vorhalten müssen <sup>1)</sup>, doch nirgends besteht eine so unmittelbare Abhängigkeit der Erzeugung von der Nachfrage wie in der Elektrizitätswirtschaft. Je gleichmäßiger die mengenmäßige Nachfrage ist, umso wirtschaftlicher lassen sich die Produktionskapazitäten einsetzen.

Die Auslastung der Kapazitäten in der Elektrizitätswirtschaft hängt wesentlich von der Abnehmerstruktur des zu versorgenden Gebietes ab. Das gilt sowohl für die tägliche wie für die jahreszeitliche Auslastung. Eine gleichmäßige Beanspruchung der Kapazität wird erheblich erleichtert, wenn Abnehmergruppen existieren, deren Nachfrage nach Strom nicht zur gleichen Zeit, sondern zu verschiedenen Zeitpunkten anfällt. Eine günstige zeitliche Verteilung der Nachfrage kann durch eine gezielte Preisgestaltung der EVU gefördert werden, indem z.B. der Energiepreis für Zeiten schwächerer Nachfrage niedrig gehalten wird. <sup>2)</sup> Entscheidend für die Produktionskosten sind also nicht nur die Investitionskosten, sondern auch die Zusammensetzung der Gesamtnachfrage aus bestimmten Abnehmergruppen.

Das Problem der optimalen Abnehmerstruktur läßt sich aber kaum mit Hilfe privatrechtlicher Wettbewerbsbeschränkungen lösen.

Zur Verdeutlichung sollen zwei Fälle dienen, bei denen von der Möglichkeit des Verbunds zunächst abgesehen werden soll.

(1) Die Abnehmerstruktur in einem Versorgungsgebiet ist sehr schlecht. Bestünden keinerlei Wettbewerbsbeschränkungen, so könnte das EVU versuchen, Nachfrager aus benachbarten Ver-

---

1) Gröner, ORDO XV/XVI, S. 402.

2) Vgl. z.B. die Nachtstromtarife.

sorgungsgebieten zu gewinnen, um so seine Abnehmerstruktur zu verbessern und kostengünstiger zu produzieren.

(2) Die Abnehmerstruktur in einem Versorgungsgebiet ist im Ausgangszeitpunkt sehr gut. Wächst nun die Nachfrage einzelner Nachfragergruppen stärker als die der anderen, verschlechtert sich die Abnehmerstruktur. Eine Anpassung des EVU an den Wandel der Abnehmerstruktur wird erschwert oder nahezu unmöglich gemacht, wenn das EVU durch Vertrag gezwungen ist, die Grenzen eines bestimmten Gebietes nicht zu überschreiten.

Demarkationsabreden erschweren also die Erreichung einer optimalen Abnehmerstruktur nur in dem Fall nicht, wenn bei Vertragsschluß die Abnehmerstruktur bereits so gut war und die Nachfrageentwicklung der einzelnen Gruppen ganz gleichförmig verläuft. Durch Verbundnetze können zwar zeitliche Unterschiede in der Stromnachfrage leichter ausgeglichen werden als wenn jedes einzelne EVU entsprechende Reservekapazitäten bereithielte. Diese kostenmäßigen Vorteile des Verbunds könnten aber auch ausgenutzt werden, wenn keine Demarkationsabreden beständen.

Die Bedeutung der Abnehmerstruktur spricht also in der Regel gegen die starren Gebietsabgrenzungen zwischen den EVU. Bemühungen zur Verbesserung der Struktur werden erschwert. Die Abhängigkeit der EVU von der Abnehmerstruktur kann privatrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen nicht rechtfertigen.

Die Gründe, die zur Ausnahmeregelung des § 103 Abs. 1 GWB führten, sind also wenig stichhaltig. Ein verstärkter Anbieterwettbewerb könnte die EVU zu erheblichen Leistungssteigerungen zwingen. Durch Demarkations- und Konzessionsabreden werden daher nicht nur schädliche Auswirkungen des Wettbewerbs beseitigt, sondern auch durchaus nützliche. Da jedoch in § 103 Abs. 1 GWB diese Wettbewerbsbeschränkungen erlaubt sind, müssen sie als Datum hingenommen werden. Da in jedem Versorgungsgebiet nur ein EVU seine Leistung anbietet,

existieren für die Abnehmer keine Alternativen. <sup>1)</sup> Zwar können zwischen verschiedenen Versorgungsgebieten Preisunterschiede bestehen, ein Abnehmer kann aber wegen der Absprachen unter den EVU seinen Strom nicht aus dem billigeren Gebiet beziehen.

Unmittelbarer Wettbewerb zwischen den EVU ist also hinsichtlich der Preise, Konditionen und Rabatte nicht möglich und kann daher auch keine Ordnungsaufgaben erfüllen.

## 2. Der Wettbewerb beim Abschluß von Konzessionsverträgen

Alternative Angebote für die Stromversorgung könnten den Gemeinden beim Abschluß von Konzessionsverträgen gemacht werden.

In Konzessionsverträgen, die EVU mit Gebietskörperschaften schließen, sichern sich die EVU insbesondere das Recht auf eine ausschließliche Wegebenutzung für Zwecke der Energieversorgung, um dadurch bestimmte Versorgungsgebiete zu erwerben. <sup>2)</sup> Diese Verträge werden meist für die Dauer von 25 oder 30 Jahren geschlossen; es gibt auch sogenannte "Ewigkeitsverträge", die nur aus wichtigem Grund kündbar sind. <sup>3)</sup> Die Wegeeigentümer bestimmen in den Verträgen in der Regel auch die Bedingungen, zu denen sie die Leitungsanlagen nach Ablauf des Konzessionsvertrages übernehmen können. Allerdings können unentgeltliche Übernahmrechte nicht mehr vereinbart werden, § 6 KAE mit § 13 A/KAE. Soweit sie vorher festgelegt waren, sind sie in entgeltliche Erwerbsrechte umgewandelt worden. <sup>4)</sup> Als Gegenleistung für das Benutzungsrecht müssen die EVU an die Gemeinde eine Konzessionsabgabe zahlen. <sup>5)</sup>

Nach Ablauf der Vertragsdauer ist von den Vertragsparteien über die Verlängerung bzw. den Neuabschluß des Konzessionsvertrags zu entscheiden. Bei dieser Gelegenheit könnte es jeweils zu Wettbewerb zwischen den EVU um die Versorgung dieses Gebietes kommen.

---

1) Verschiedene Tarife desselben Anbieters gelten nicht als Alternative in diesem Sinne.

2) Eiser-Riederer-Sieder III, S. 232.

3) Eiser-Riederer-Sieder V, S. 39 a.

4) Eiser-Riederer-Sieder III, S. 234.

5) Zur Problematik der Konzessionsabgabe vgl. Gröner, ORDO XV/XVI, S. 350 ff..

tes kommen. Die Höhe der Konzessionsabgabe kann jedoch nicht Aktionsparameter für die Wettbewerber sein, da seit Erlaß der Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben <sup>1)</sup>, die Anordnung gilt in modifizierter Form noch heute <sup>2)</sup>, diese Abgaben zwar erlaubt, aber in ihrer Höhe beschränkt sind. <sup>3) 4)</sup> Die Entscheidung über den eventuellen Wechsel des Konzessionsnehmers wird, da die Obergrenze der Konzessionsabgabe meist schon erreicht ist, von anderen Gründen, wie etwa der Qualität der Versorgung, beeinflußt. Allein die Möglichkeit eines solchen Wechsels könnte die EVU zwingen, sich trotz der Stellung als Regionalmonopolist nicht monopolistisch zu verhalten.

Die Nichtverlängerung eines Konzessionsvertrages ist aber sehr unwahrscheinlich. Die Gemeinden achten weniger auf eine möglichst preiswerte Versorgung der Bürger als vielmehr auf die Erhaltung der Einnahmequelle aus dem Konzessionsvertrage, die vielfach als ein "Mitsaugen am Monopolgewinn" aufgefaßt wurde. <sup>5)</sup>

Ferner sind zwischen den EVU durchweg Demarkationsverträge abgeschlossen worden, die die einzelnen Versorgungsgebiete voneinander abgrenzen. Wegen dieser zusätzlichen Sicherung braucht ein EVU kaum mit einem Konkurrenzangebot benachbarter EVU zu rechnen. Allerdings wirkt dieser Schutz nicht absolut. Ein an den Demarkationsabsprachen nicht beteiligtes Unternehmen kann in das Versorgungsgebiet eindringen und einen Konzessionsvertrag mit der Gemeinde abschließen.

Beim Abschluß der Konzessionsverträge wird es also nur selten zu Wettbewerbshandlungen kommen. Kommt es aber einmal

---

1) Vom 4.3.1941, RANz.Nr. 57 und 120, abgedruckt bei Eiser-Riederer-Sieder III, S. 239 ff..

2) BGHZ 15/113 ff. und BVerwG DÖV 1966/499 ff.; Eiser-Riederer-Sieder III, S. 236.

3) Seit dem Änderungsgesetz vom 24.12.1956 (BGBl. I, S. 1076) dürfen auch Gemeinden unter 3000 Einwohnern wieder Konzessionsabgaben erheben.

Vgl. insbesondere § 8 der Anordnung.

4) Gröner, ORDO XV/XVI, S. 357; vgl. auch § 2 der Anordnung. Die Konzessionsabgaben betragen bis zu 20 % der Roheinnahmen der EVU. Nach Wagner, JuS 1968/205, erreichen die Konzessionsabgaben eine Höhe von jährlich ca. 800 Mill. DM.

zu einer Wettbewerbssituation, dann ist dieser nur auf den Abschluß der Verträge beschränkter Wettbewerb zu schwach, um wesentliche Ordnungsaufgaben übernehmen zu können.

### 3. Die Bedeutung der Eigenanlagen für den Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft

Strom wird nicht nur von EVU, sondern auch von Unternehmern mit Eigenanlagen produziert. Von seiten der EVU wird häufig auf die Konkurrenz dieser Eigenanlagen, d.h. der Stromerzeugungsanlagen, die der Selbstversorgung dienen, hingewiesen. Durch den Bau einer Eigenanlage könnten sich insbesondere industrielle Stromverbraucher vom Angebot des Regionalmonopolisten unabhängig machen. Daher sei insoweit ein Wettbewerb zwischen einer Eigenanlage und dem Fremdstrombezug möglich.<sup>1)</sup>

#### 31. Der Einfluß der Eigenanlagen auf die Strompreisbildung

Wettbewerb setzt einen Markt voraus, auf dem sich Angebot und Nachfrage begegnen.<sup>2)</sup> Eigenanlagen erhöhen zwar nicht das Angebot auf dem Strommarkt, da nicht Dritte mit Strom versorgt, sondern nur der Eigenbedarf gedeckt werden soll; durch den Bau und den Einsatz neuer Eigenanlagen wird aber die nachgefragte Strommenge verringert, da bisherige Abnehmer der EVU zur Eigenversorgung übergehen. Die Auswirkung der Nachfrageverringering läßt sich an Hand des folgenden Diagramms zeigen:

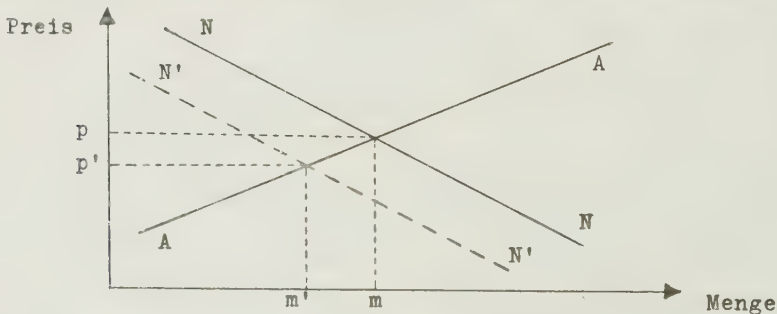


Abb. 1: Die Auswirkung der Nachfrageverringering auf den Preis

1) Eiser-Riederer-Sieder I, S. 49 a ff..

2) Miksch, Wettbewerb als Aufgabe, S. 137; Malzer, Beiträge zum Energierecht, S. 272.

Es wird unterstellt der Preis  $p$  sei im Ausgangszeitpunkt ein Gleichgewichtspreis. Sinkt nun die Nachfragemenge durch den Einsatz neuer Eigenanlagen, so verschiebt sich die Nachfragekurve ( $N'N'$ ) in Richtung Koordinatenursprung. Bei gegebener Angebotskurve kann sich ein neues Gleichgewicht nur bei einem niedrigeren Preis einstellen.

Die Bedeutung der Eigenanlagen für die EVU wird noch deutlicher, wenn angenommen wird, daß bei gegebener Nachfragekurve die Angebotskurve nach oben verschoben wird. Der neue Gleichgewichtspreis wird zwar höher als der Ausgangspreis sein, die Absatzmenge wird sich aber verringern. Je höher der neue Preis liegt, um so wahrscheinlicher lohnt sich für einen Teil der Stromabnehmer der Übergang zur Eigenversorgung. Zwar nimmt der Bau von Eigenanlagen einige Zeit in Anspruch, aber mit dem Einsatz der neuen Anlagen wird die gegebene Nachfragekurve in der Weise beeinflußt, daß sie wegen des Ausfalls eines Teils der bisherigen Nachfragemenge nach links verschoben werden muß. Hatten aber die EVU vor der durch den Einsatz von Eigenanlagen verursachten Nachfrageverringering ihr Gewinnmaximum realisiert, so können sie bei geringerer Gesamtnachfrage ihre ursprüngliche Gewinnhöhe nicht wieder erreichen. Streben die EVU Gewinnmaximierung an, so dürfen sie eine Preisobergrenze nicht überschreiten, die abhängig ist von der Möglichkeit, Strom nicht aus dem Netz, sondern aus Eigenanlagen zu beziehen. Insoweit also beeinflussen Eigenanlagen den Strommarkt und stehen mit den EVU in Wettbewerb.

### 32. Die praktische Bedeutung der Eigenanlagen

Die Anerkennung der Eigenanlagen als wettbewerbsähnliche Ordnungsfaktoren, die einen Monopolmißbrauch verhindern, muß von ihrer praktischen Bedeutung im Bereich der Stromerzeugung abhängig gemacht werden.

Einen ersten Überblick über die praktische Bedeutung der Eigenanlagen gibt Tabelle 5. <sup>1)</sup> Aussagekräftiger als die absoluten Werte sind die Relationen zwischen der Stromerzeugung der öffentlichen Kraftwerke und der Industriekraftwerke.

---

1) Seite 88.

Tab. 5 : Westdeutsche Stromerzeugung in den Jahren 1964 - 1966

| Erzeuger                             | Bruttoerzeugung in GWh |         |         | Bruttoerzeugung in % |       |       |
|--------------------------------------|------------------------|---------|---------|----------------------|-------|-------|
|                                      | 1964                   | 1965    | 1966    | 1964                 | 1965  | 1966  |
| öffentliche Kraftwerke               | 103 149                | 108 791 | 113 646 | 62,7                 | 61,1  | 63,7  |
| Industrie- <sup>1)</sup> kraftwerke  | 58 801 <sup>3)</sup>   | 60 795  | 61 844  | 35,8                 | 35,3  | 34,7  |
| Bundesbahn- <sup>2)</sup> kraftwerke | 2 487                  | 2 755   | 2 828   | 1,5                  | 1,6   | 1,6   |
| Insgesamt                            | 164 437                | 172 341 | 178 318 | 100,0                | 100,0 | 100,0 |

1) Für die Industriekraftwerke wurden zum Teil Schätzungen vorgenommen.

2) Eigenanlagen der Bundesbahn einschließlich Einphasenerzeugung in öffentlichen Kraftwerken und industriellen Eigenanlagen.

3) Diese Zahl stimmt mit den Angaben im Statistischen Jahrbuch 1967, S. 257, nicht überein. Dort sind 59 205 GWh angegeben.

Quelle: BWM III, Bd. 2, veröffentlicht in VIK, Statistik der Energiewirtschaft, Ausgabe 1967, Tafel 86

Danach entfällt immerhin über ein Drittel der Gesamterzeugung auf Eigenanlagen. Im Gegensatz zu den nahezu konstanten Werten der Bundesbahnkraftwerke steigt die Stromerzeugung in den Eigenanlagen deutlich an.

Eigenanlagen kommen wegen der hohen Investitionssummen fast nur in der Industrie vor. Es interessiert also, wie groß der Anteil der Industrie am gesamten Stromverbrauch ist, und welcher Teil davon durch Eigenanlagen gedeckt wird. Darüber gibt Tabelle 6 <sup>1)</sup> Auskunft. 1966 entfielen etwa

62 %

des gesamten Stromverbrauchs auf die Industrie. Der Gesamtbedarf der Industrie in Höhe von

105 593 MWh

wurde zu

67 %

aus dem öffentlichen Netz befriedigt und nur zu

33 %

aus Eigenanlagen. Dabei fällt die Tatsache auf, daß von dem gesamten in Eigenanlagen produzierten Strom 1966 nur ungefähr

57 % <sup>2)</sup>

auch wieder in der Industrie verbraucht worden sind. Der Rest von

ca. 40 %

wird also einer anderen Verwendung als der Eigenversorgung zugeführt. Würde der gesamte in Eigenanlagen erzeugte Strom der

---

1) Seite 90.

2) Es wurden die Werte aus Tab. 5 in Relation zu Werten aus Tab. 6 gesetzt. Da es sich in Tab. 5 um Bruttoerzeugungswerte, in Tab. 6 aber um Nettoverbrauchswerte handelt, ist diese Zahl mit einem Fehler behaftet. Korrigiert man diesen Fehler, indem man die Bruttoerzeugungswerte um einen Erfahrungswert von 10 % für Übertragungsverluste etc. vermindert, so steigt der Anteil auf ca. 61 %. Hier kommt es nicht auf eine genaue Prozentzahl, sondern auf die Größenordnung an, die hier mit den Grenzwerten 57 - 61 % hinreichend genau angegeben ist.

Tab. 6 : Nettostromverbrauch der westdeutschen Industrie aus dem öffentlichen Netz und aus Eigenanlagen

| Jahr               | Nettostromverbrauch in GWh |              |                     |              | Anteil aus dem öff. Netz in GWh |              |                     |              | Anteil aus Eigenanlagen in GWh |              |
|--------------------|----------------------------|--------------|---------------------|--------------|---------------------------------|--------------|---------------------|--------------|--------------------------------|--------------|
|                    | insges.                    | Zun.<br>in % | Anteil<br>Industrie | Zun.<br>in % | insges.                         | Zun.<br>in % | Anteil<br>Industrie | Zun.<br>in % | Eigen-<br>anlagen              | Zun.<br>in % |
| 1963 <sup>2)</sup> | 131 465                    |              | 87 850              |              | 99 572                          |              | 57 862              |              | 29 988                         |              |
| 1964               | 142 360                    | 8,3          | 94 847              | 8,0          | 109 285                         | 9,8          | 64 083              | 10,8         | 30 764                         | 2,6          |
| 1965               | 153 309                    | 7,7          | 100 829             | 6,3          | 117 814                         | 7,8          | 68 029              | 6,2          | 32 800                         | 6,6          |
| 1966               | 162 932                    | 6,3          | 105 593             | 4,7          | 125 270                         | 6,3          | 70 748              | 4,0          | 34 845                         | 6,2          |

1) Der Eigenverbrauch der Eigenanlagen wurde entsprechend berücksichtigt. Die Übertragungsverluste gehen zu Lasten der aus dem öffentlichen Netz bezogenen Strommengen.

2) Erstmals einschließlich Westberlin. Die Zuwachsangabe entfällt daher.

Quelle: VIK, Statistik der Energiewirtschaft, Ausgabe 1967, Tafel 106

Industrie zufließen, so könnten doch

ca. 55 %

anstelle von nur 33 % des Gesamtbedarfs durch die Eigenanlagen gedeckt werden. Die Eigenanlagen könnten im Zweifel also einen erheblichen Teil der Stromversorgung des größten Abnehmerzweiges, der Industrie, rein mengenmäßig befriedigen.

Über die Bedeutung entscheidet aber nicht nur die mögliche Abgabemenge, sondern auch die Anpassungsflexibilität an die in der Elektrizitätswirtschaft erheblichen Nachfrageschwankungen. Diesen Schwankungen kann nur mit einer hohen Engpaßleistung begegnet werden. Die Entwicklung der Engpaßleistung zeigt Tabelle 7. <sup>1)</sup> Der Anteil der Eigenanlagen an der Gesamtengpaßleistung entspricht ziemlich genau dem Anteil an der Bruttostromerzeugung. Auch in der Anpassungsflexibilität können sich die Eigenanlagen durchaus mit den Werken der öffentlichen Versorgung messen.

Im Rahmen ihrer derzeitigen Leistungsfähigkeit stellen die Eigenanlagen in der Industrie, die der bedeutendste Abnehmer des öffentlichen Netzes ist, eine ernstzunehmende Gefahr für die EVU dar. Setzen sie ihre Preise für Sonderabnehmer zu hoch, lohnt es sich für die Großverbraucher, denen dazu auch die Finanzierungsmittel nicht fehlen, ihre Versorgung auf eine Eigenanlage umzustellen. <sup>2)</sup> Die Nachfrage nach Strom wird dann spürbar sinken. Der derart gefährdete Bereich dürfte bei einem Verbrauchsanteil der Industrie von ca. 62 % und unter Berücksichtigung der Ausweichmöglichkeit auf andere Energieträger mit

ca. 50 %

des Gesamtbedarfs nicht zu hoch angegeben sein. <sup>3)</sup>

---

1) Seite 92.

2) Zur Verhandlungssituation zwischen einem EVU und einem Unternehmen, das zur Eigenversorgung überzugehen droht, vgl. Resch, Preisbildung, S. 114.

3) Buderath, Preisdifferenzierung, S. 22, nimmt für 1963 einen höheren Anteil von ca. 67 % an.

Tab. 7 : Installierte Engpaßleistung (brutto) der westdeutschen Kraftwerke  
in MW, jeweils am Ende des Jahres

| Erzeuger                                | Engpaßleistung in MW |        |        | Engpaßleistung in % |       |       |
|-----------------------------------------|----------------------|--------|--------|---------------------|-------|-------|
|                                         | 1964                 | 1965   | 1966   | 1964                | 1965  | 1966  |
| Öffentliche<br>Kraftwerke               | 23 644               | 26 638 | 27 978 | 63,8                | 65,7  | 65,2  |
| Industrie-<br>kraftwerke                | 12 904               | 13 269 | 14 225 | 34,6                | 32,6  | 33,2  |
| Bundesbahn- <sup>1)</sup><br>kraftwerke | 596                  | 696    | 710    | 1,6                 | 1,7   | 1,6   |
| Insgesamt                               | 37 144               | 40 603 | 42 913 | 100,0               | 100,0 | 100,0 |

1) Einschließlich Einphasenmaschinen in öffentlichen Kraftwerken und industriellen  
Eigenanlagen.

Quelle: BMW III, Bd. 2 und Statistisches Bundesamt, Fachserie D, Reihe 5, abgedruckt  
in VIK, Statistik der Energiewirtschaft, Ausgabe 1967, Tafel 78

Zwischen Eigenanlagen und EVU herrscht also ein erheblicher Wettbewerb, der eine willkürliche Preisgestaltung der EVU für einen beachtlichen Teil der Gesamtnachfrage unmöglich macht.

### 33. Die Verbindung zwischen den Eigenanlagen und dem öffentlichen Netz

Nicht alle Eigenanlagen dienen ausschließlich der Eigenversorgung. Industrielle Kraftwerke werden häufig gebaut, um sonst wertlose Abfallprodukte nutzbringend zu verwenden. Das gilt vor allem für viele Zechenkraftwerke, in denen minderwertige Kohle verbrannt wird. Einzige Abnehmer dieses Stroms sind wegen des Leitungsmonopols die EVU, die das öffentliche Netz betreiben. So flossen 1966 etwa

40 %

des in Eigenanlagen erzeugten Stroms in das öffentliche Netz. Die VEW bezogen z.B. 1966

45 %

des von ihnen abgegebenen Stroms von industriellen Erzeugern; für das gesamte Bundesgebiet wurde ein Anteil von

22 %

ermittelt. <sup>1)</sup>

Die strenge Trennung zwischen EVU auf der einen und Eigenanlagen auf der anderen Seite besteht in Wirklichkeit also nicht. Ein EVU hat bei der Beschaffung von Strom die Wahl, den Strom selbst zu erzeugen oder ihn von Unternehmen mit Eigenanlagen oder anderen EVU zu kaufen. Die EVU ziehen also zum Teil freiwillig industrielle Eigenanlagen zur Deckung ihres Bedarfs der Selbsterzeugung vor, obwohl sie wegen ihres Gebietsmonopols keine Absatzprobleme kennen. Soweit die EVU Strom von Eigenanlagenbesitzern beziehen, sind sie diesen gegenüber in einer starken Verhandlungsposition, da sie in der Regel

---

<sup>1)</sup> VEW-Geschäftsbericht 1966, S. 18. Diese Zahl errechnet sich auch etwa aus der Differenz von Produktion und Verbrauch des Stromes aus Eigenanlagen im Verhältnis zu dem Stromverbrauch aus dem öffentlichen Netz.

Monopsonisten sind. Einzig an den Grenzen zweier Versorgungsgebiete besteht für ein Unternehmen mit Eigenanlage eine Ausweichmöglichkeit, wenn es seinen Strom in beide Leitungsnetze einspeisen kann. Diese Fälle sind aber selten.

Der Wettbewerb zwischen Eigenanlagen und EVU könnte noch erheblich verschärft werden, wenn als Abnehmer für den Strom aus den Eigenanlagen nicht nur das Regional-EVU, sondern auch andere Stromverbraucher, insbesondere Sonderabnehmer, in Betracht kämen. Die Aufnahme der Versorgung Dritter setzt entweder voraus, daß neue Leitungen zum Abnehmer gebaut werden, oder daß ein Durchleitungsrecht bei den vorhandenen Leitungen besteht.

Der Bau neuer Leitungen kann von den EVU in aller Regel unter Berufung auf Konzessionsverträge verhindert werden, die Einräumung eines Durchleitungsrechts hängt ausschließlich von den EVU, die Eigentümer des Netzes sind, ab. Die EVU sind also zur Zeit in der Lage, potentiellen Anbietern den Marktzutritt zu versperren und damit jeden Anbieterwettbewerb zu verhindern.

Damit soll nicht gesagt werden, daß ein Anbieterwettbewerb in jedem Fall wünschenswert sei. Das ist insoweit nicht der Fall, als volkswirtschaftliche Fehlinvestitionen zu befürchten sind. Darüber im Einzelfall die Konkurrenten entscheiden zu lassen, ist wenig sinnvoll, insbesondere da mit § 5 EnWG der Fachaufsichtsbehörde eine Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung steht, um wirkungsvoll diese Gefahr zu bannen.

#### 4. Die Substitutionskonkurrenz

Bisher wurde nur untersucht, welche Wettbewerbsmöglichkeiten unter Stromerzeugern bzw. zwischen Stromerzeugern und Eigenanlagen bestehen. Aber auch der Alleinanbieter eines bestimmten Gutes kann seine Preise nicht immer nach Belieben setzen. Zwar ist er für sein Gut Monopolist, aber es ist wenig sinnvoll, nur Elementarmärkte zu betrachten, wenn der Verbraucher jederzeit auf Substitute, das sind andere Güter, die den gleichen Zweck

erfüllen, ausweichen kann. <sup>1)</sup>

Für Strom existiert kein Substitut, das auch nur annähernd die Vielfältigkeit in der Verwendung, den hohen effektiven Auslastungsgrad und die Bequemlichkeit in der Anwendung hat. <sup>2)</sup> Sollen jedoch auch die Auswirkungen anderer Energiearten auf den Strompreis berücksichtigt werden, so muß bei den verschiedenen Verwendungszwecken angesetzt werden. In diesen Teilbereichen des Stromverbrauchs können Substitute vorhanden sein, deren Einsatz ebenso wie Strom zum gewünschten Erfolg führt. Die Einsatzmöglichkeiten von Substituten könnten wettbewerbliche Ordnungsaufgaben übernehmen. <sup>3)</sup> Ein solcher Substitutionswettbewerb zwischen verschiedenen Energiearten wird in der Literatur häufig erörtert. <sup>4)</sup>

#### 41. Substitutionsmöglichkeiten in den Teilbereichen des Stromverbrauchs

Das Gesamtangebot an Strom läßt sich nach den Verwendungsarten in Licht-, Wärme- und Arbeits- oder Kraftstrom differenzieren.

(1) Für Lichtstrom gibt es heute kein zumutbares Substitut mehr. Zwar dienten früher auch Gas, Petroleum und Karbid zu Beleuchtungszwecken; diese Möglichkeiten werden heute aber gar nicht mehr oder nur in so geringem Umfang genutzt, daß sie in wettbewerblicher Sicht nicht ins Gewicht fallen. An der Monopolstellung des Lichtstroms würde durch Substitute auch dann nichts geändert, wenn sein Preis sehr hoch wäre. <sup>5)</sup> Nur die Zahl der gleichzeitig brennenden Lampen könnte verringert wer-

---

1) E. Schneider, Wirtschaftstheorie, Bd. 2, S. 77; Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb, S. 55/56.

2) Vgl. dazu Gieseke, GWF 1958/723.

3) Vgl. die Regelung des § 103 Abs. 2 GWB, in der ein Substitutionswettbewerb dieser Art ausdrücklich geschützt wird.

4) Eiser-Riederer-Sieder I, S. 50; Wessels, Tagungsberichte Heft 10, S. 51/52; Buderath, Preisdifferenzierung, S. 13; Heinemann, EltW 1967/334.

5) Buderath, Preisdifferenzierung, S. 17/18 und Ordnungspolitik, S. 89.

den. Dieser Nachfrageschwund dürfte jedoch kaum ins Gewicht fallen. Die Nachfragekurve für Lichtstrom ist in Abb. 2 dargestellt.

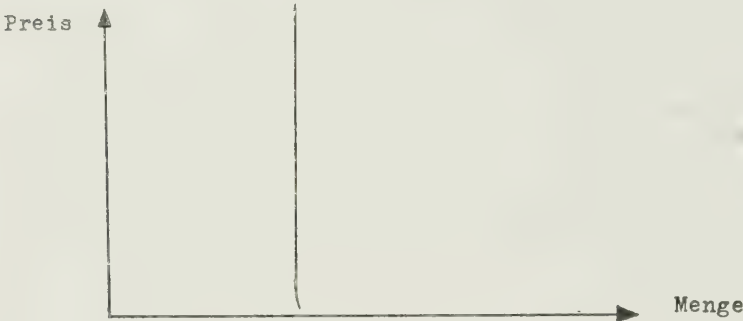


Abb. 2: Die Preis-Absatz-Kurve des Lichtstroms

(2) Auch bei Kraftstrom besteht nur ein geringer Substitutionswettbewerb. Kraftstrom dient zum Betreiben von Motoren, die ihrerseits meistens wieder Maschinen mannigfacher Art antreiben. Zwar wäre in vielen Fällen technisch ein Antrieb durch Dampfmaschinen oder Verbrennungsmotoren denkbar, in der Praxis scheiden diese Alternativen jedoch aus wirtschaftlichen Erwägungen aus. Die Dampfmaschinen haben einen viel zu geringen Wirkungsgrad, auch die Verbrennungsmotoren erreichen nicht die hohen Ausnutzungsgrade von Elektromotoren. Hinzu kommt die Beseitigung von zum Teil giftigen Abgasen, die bei der Verwendung von Elektrizität ebenfalls nicht anfallen. Zum dritten arbeiten Elektromotoren viel leiser als vergleichbare Verbrennungsmotoren, so daß eine Lärmisolierung überflüssig wird. Ein weiterer Vorteil ist die Verwendbarkeit von Elektromotoren für kleinste Geräte wie z.B. die zahlreichen Haushaltsgeräte. Aufgrund dieser Vorteile wird die Nachfrage nach Arbeits- und Kraftstrom von Substituten kaum beeinflußt. Die Nachfrage ist allerdings bei Preiserhöhungen nur so lange starr, bis sich für einzelne Großabnehmer der Einsatz einer Eigenanlage lohnt. Die Nachfrage nach Strom wird im Bereich hoher Preise elastischer, wie auch das folgende Diagramm zeigt:

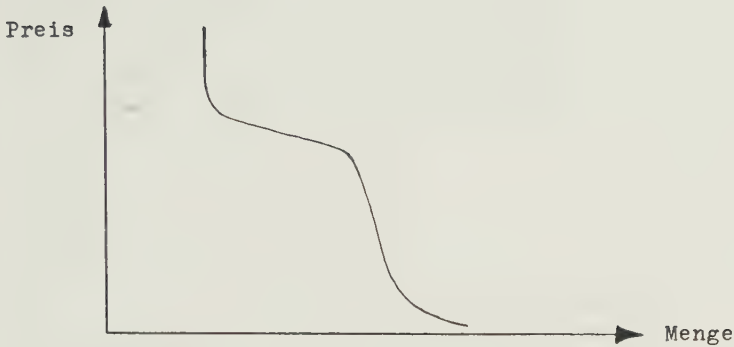


Abb. 3: Die Preis-Absatz-Kurve des Kraftstroms

(3) Neben dem Wärmestrom stehen auf dem Wärmemarkt jedoch Energieträger bereit, mit denen der gleiche Zweck in vergleichbarer Weise erreicht werden kann. Insbesondere die Substitute Gas und Heizöl stehen in der Bequemlichkeit und Sauberkeit der Elektrizität kaum nach. Bei der Preisbildung haben die EVU jedenfalls auf dem Wärmemarkt auch auf die Preise der Substitute Rücksicht zu nehmen.

Die Nachfrage wird dann in bezug auf den Preis elastischer. Es ergibt sich etwa folgender Verlauf der Nachfragekurve.

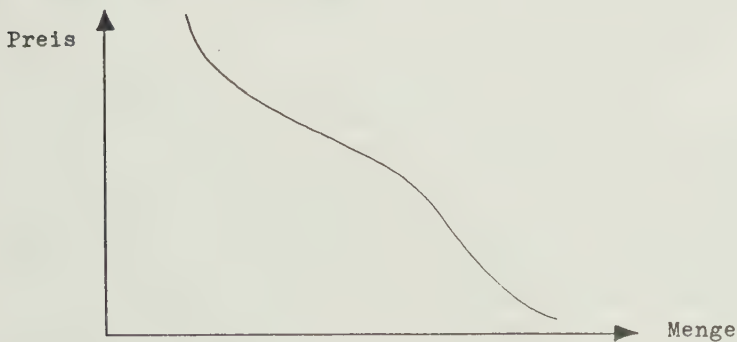


Abb. 4: Die Preis-Absatz-Kurve des Wärmestroms

Auswirkungen des Einsatzes von Substitutionsenergien auf die Strompreisbildung sind aber nur dann von Bedeutung, wenn dadurch die Gesamtnachfragekurve beeinflußt wird, da die Produktion und die Verteilung des Stroms vom Verwendungszweck des Stroms unabhängig sind. Die Gesamtnachfragekurve hat etwa folgendes Aussehen. <sup>1)</sup>

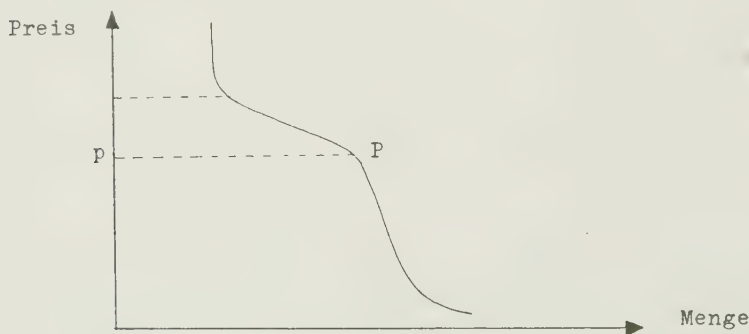


Abb. 5: Die Preis-Absatz-Kurve des Stroms in sämtlichen Verwendungsbereichen

Bis zum Preis  $p$  ist die Gesamtnachfrage nach Strom verhältnismäßig starr. Jenseits von  $p$  wird die Nachfrage nach Strom für einen bestimmten Bereich elastisch. Das liegt einmal daran, daß sich bei dieser Preishöhe Eigenanlagen rentabel einsetzen lassen. Zum anderen jedoch könnte die Ausweichmöglichkeit auf Ersatzenergien im Wärmebereich die Elastizität oberhalb des Preises  $p$  erhöhen. Ob und wie weit das der Fall ist, bleibt im folgenden zu untersuchen. Jenseits des elastischen Bereichs bleibt den EVU jedenfalls eine Absatzmenge unabhängig von jeder Preiserhöhung gesichert, nämlich die Nachfrage derer, denen keine Eigenanlage oder andere Wärmequelle zur Verfügung steht.

#### 42. Die praktische Bedeutung der Substitutionskonkurrenz

Das Ausmaß der Konkurrenz der verschiedenen Quellen für Wärmeenergie kann nur schlecht beurteilt werden, da keine Zah-

---

1) Die Kurve kann nur dann diese Form haben, wenn die Verteilungskosten pro kW gleich sind, d.h. wenn durch Mengenvorteile das Bild nicht verzerrt wird.

len über den Anteil des Wärmestromes an der Gesamtstromerzeugung einerseits und der gesamten benötigten Energie andererseits bekannt sind.<sup>1)</sup> Ob von der gesamten erzeugten Strommenge aber ein so großer Anteil Heizzwecken dient, daß von der Konkurrenz mit den anderen Energiequellen Auswirkungen auf die Gesamtnachfrage und auf die Strompreisbildung ausgehen, erscheint zweifelhaft.

Die Nachfragebeweglichkeit zwischen den einzelnen Energiearten ist schon durch die Notwendigkeit von Energieumwandlern, die zum Teil im Verhältnis zu den reinen Energiekosten recht teuer sind, beschränkt.<sup>2)</sup> Bei kurzfristigen oder nur geringen Preisvorteilen ist ein Wechsel der Abnehmer auf eine andere Energieart nicht zu erwarten. Wegen dieser Hemmnisse dürfte der Anteil des zu Heizzwecken verwandten Stroms an der Gesamtstromerzeugung noch relativ gering sein, insbesondere da die Stromheizung erst in den letzten Jahren durch die Entwicklung von Nachtspeicheröfen wirtschaftlich geworden ist.

Auch die Bequemlichkeit und Sauberkeit der Stromheizung schafft keine Präferenzen für die elektrische Energie. Gas- und Ölzentralheizungen sind ebenso problemlos zu bedienen. Die verbesserten Methoden der Versorgung mit Kohle und Kohleerzeugnissen sowie die Entwicklung von Dauerbrandöfen und -heizungen kommen ebenfalls den Wünschen der Abnehmer nach Bequemlichkeit und Sauberkeit weit entgegen.

Schließlich hemmen architektonische und ästhetische Gesichtspunkte eine rasche Verbreitung der Stromheizung. Die derzeitigen Elektrospeicheröfen sind im Verhältnis zu den herkömmlichen Heizkörpern sehr groß. Ohne besondere Maßnahmen bei der Aufstellung (z.B. Einbau in Schränke, tiefe Nischen etc.) wirken sie häufig störend. Die Wärme wird nur zu einem geringen Teil durch Abstrahlung vom Heizkörper abgegeben, sie muß im wesentlichen durch Ventilatoren, die bisher noch nicht geräuschfrei arbeiten,

---

1) Nach Morgenthaler, Unternehmensstruktur, S. 25, sollen Gas und Strom nur etwa 20 % des Wärmebedarfs decken. Nähere Angaben fehlen aber.

2) Schönauer, GWF 1958/402; Ballerstedt, VEnergR 5/13; Resch, Preisbildung, S. 58.

im Raum verteilt werden. 1)

Die Auswirkungen des Wettbewerbs auf dem Markt für Wärmeenergie auf die Gesamtnachfrage nach Strom dürfte also zur Zeit noch sehr gering sein. Der Einsatz von Substituten in einem Teilverwendungsbereich des Stroms hat so gut wie keine wettbewerblichen Auswirkungen auf den Strommarkt und kann damit keine Ordnungsfunktion in der Elektrizitätswirtschaft übernehmen.

#### 5. Wettbewerb durch Datenvergleich

Die fehlende unmittelbare Interdependenz der EVU könnte durch einen "Vergleichswettbewerb" wettgemacht werden, durch den wenigstens teilweise eine Leistungssteigerung erzwungen würde. Das ist auf zweierlei Weise denkbar.

(1) Die einzelnen Abnehmer vergleichen die Preise und Konditionen ihres Lieferanten mit denen anderer EVU. Zwar bleiben sie im Strombezug auf den Regionalmonopolisten angewiesen, es besteht also keine echte Alternative, aber sie können unter Hinweis auf günstigere Bedingungen anderer EVU ihren Lieferanten bedrängen. Wie stark dieser moralische Druck ist, wird jeweils davon abhängen, wie bedeutsam der Abnehmer ist. Ein Haushalt-abnehmer wird kaum mit seinen Forderungen nach niedrigeren Preisen Erfolg haben. Bei Sonderabnehmern wäre ein erfolgreiches Ergebnis denkbar. Gezwungen werden kann das EVU jedoch in keinem Fall.

(2) Die aus der überwiegenden Marktmacht der EVU folgende schwache Verhandlungsposition der Abnehmer könnte verbessert werden, wenn eine übergeordnete, mit gleicher wirtschaftlicher oder hoheitlicher Macht ausgestattete Stelle den Datenvergleich besorgt und die EVU zu wettbewerbskonformen Verhaltensweisen anhält. Der Gedanke der Bindung wirtschaftlicher Macht würde hier in der Form realisiert, daß die Ausnutzung der Marktstellung durch eine Erhöhung der Markttransparenz erschwert wird. Diese Aufgabe könnte von der Kartellbehörde übernommen werden.

---

1) Mit diesen Argumenten entschied sich ein Gemeinderat gegen die elektrische Beheizung eines neu zu bauenden Schulzentrums mit einem Anschlußwert von 1,2 Mill. kcal..

### 51. Maßstäbe eines Datenvergleichs

Beide Arten des Vergleichswettbewerbs setzen voraus, daß die zum Vergleich notwendigen Daten bekannt werden. Diese Informationen können nur durch eine erhöhte Publizitätspflicht der EVU, z.B. Mitteilungspflicht an die Kartellbehörde, gewonnen werden. Die Publizitätspflicht müßte die Preise und Lieferbedingungen für Sonderabnehmer <sup>1)</sup>, aber auch Investitionen, Kosten und Geschäftsergebnisse umfassen. <sup>2)</sup> Einer erweiterten Publizitätspflicht steht kein nennenswertes Interesse der EVU entgegen. Die Kosten gehören nur insoweit zu den geheimhaltungsbedürftigen Daten, als die Konkurrenten unmittelbar einen Vorteil aus der Veröffentlichung ziehen könnten. EVU haben keine unmittelbare Konkurrenz anderer Stromversorgungsunternehmen zu befürchten. Ein Kostenvergleich kann bei den EVU offenbaren, ob sämtliche Möglichkeiten der Rationalisierung und des technischen Fortschritts zur Kostensenkung genutzt worden sind, die sonst durch den Wettbewerb erzwungen worden wären. Gerade bei Monopolen, die meist mehr beharrliche Tendenzen aufweisen, da sie nicht um die Abnehmer kämpfen müssen <sup>3)</sup>, ist das die Kosten prägende Niveau der technischen Ausrüstung ein gutes Indiz für wettbewerbskonformes Verhalten.

Die EVU stünden also in einer Art mittelbarem Wettbewerb. Sie sollen sich so verhalten, als ob Wettbewerb herrschte. Eine derartige Annahme ist dem GWB nicht unbekannt. So soll bei § 22 GWB die Kartellbehörde darauf achten, "daß die Preise oder Geschäftsbedingungen (nicht, d.Verf.) erheblich von dem Stand abweichen, der bei wirksamer Konkurrenz bestehen würde." <sup>4)</sup>

Ein derartiger Wettbewerb kann nur dann sinnvoll sein, wenn brauchbare Vergleichsmaßstäbe vorliegen. Eine reine Spekulation darüber, welche Ergebnisse Wettbewerb in der zu beurteilenden Situation erzielt hätte, kann nicht Richtschnur für die Beur-

---

1) Die Konditionen bei Tarifabnehmern sind wegen der Preisaufsicht bekannt.

2) H.K. Schneider, Weiterentwicklung, S. 18.

3) Kühne, Funktionsfähige Konkurrenz, S. 202/203.

4) Begründung zum Regierungsentwurf, im Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1092. Ferner I. Schmidt, JZ 1967/248 mwN.

teilung sein. Ein Maßstab könnte aber durch einen Vergleich zwischen verschiedenen EVU gewonnen werden. Dieser Vergleich brauchte kein detaillierter Betriebsvergleich zu sein. Er müßte der Kartellbehörde nur eine Beurteilung gestatten, ob ein bestimmtes EVU seine Pflicht wesentlich schlechter erfüllt als andere. Erfüllt ein EVU nämlich seine Versorgungspflichten unzureichend, so wäre es, bestünde Wettbewerb und könnten die Abnehmer auf andere Anbieter ausweichen, durch den Wettbewerb zum Ausscheiden aus dem Markt gezwungen. Die Kartellbehörde soll also solche Anbieter durch den Vergleich mit konkreten anderen EVU oder mit konkreten von anderen EVU erzielten Ergebnissen dazu anhalten können, wie im Wettbewerb den Leistungsstand der Konkurrenten zu berücksichtigen

## 52. Die Vergleichbarkeit der EVU

Ein solcher Maßstab ist nur dann konkretisierbar, wenn die einzelnen EVU miteinander verglichen werden können.

### 521. Die Vergleichbarkeit in der Stromerzeugung

Im Bereich der Stromerzeugung ergeben sich für einen Vergleich keine Schwierigkeiten. Elektrizität ist ein homogenes Gut, das überall in gleicher Qualität erzeugt wird. Die verschiedenen zu berücksichtigenden Kostenarten wie Personalkosten, Brennstoffkosten, Kapitalkosten sowie indirekte Kosten für die Verwaltung fallen bei allen Kraftwerken in ähnlicher Weise an. <sup>1)</sup> Bei der Stromerzeugung ist ein Vergleich ohne weiteres möglich <sup>2)</sup> und kann Wettbewerbszwecken dienen.

- 
- 1) Eine empirische Untersuchung bei Steinkohlenkraftwerken hat im Jahre 1959 folgende Ergebnisse gebracht:

|                               |                  |         |
|-------------------------------|------------------|---------|
| Gesamtkosten                  | 159 000 000      | 100,0 % |
| Direkte Kosten:               | Personalkosten   | 7,6 %   |
|                               | Brennstoffkosten | 57,6 %  |
|                               | Kapitalkosten    | 27,0 %  |
|                               | Kostensteuern    | 1,0 %   |
|                               | Sonstiges        | 3,2 %   |
| Indirekte Kosten (Verwaltung) |                  | 3,6 %   |

Quelle: Gegenwärtige Struktur, Gutachten des Energiewirtschaftlichen Instituts, Köln

- 2) Das gibt selbst Morgenthaler, Unternehmensstruktur, S. 17, zu, der im übrigen die These der Unvergleichlichkeit vertritt.

## 522. Die Vergleichbarkeit im Verteilungsbereich

Schwieriger ist der Vergleich bei der Stromverteilung. Entscheidende Einflußfaktoren sind die Ausdehnung des Absatzgebietes und die Zusammensetzung der Abnehmergruppen. Ein ländliches Regional-EVU hat mehr Leitungsmeter pro Abnehmer zu verlegen als ein großstädtisches. Sonderabnehmer lassen sich billiger beliefern als eine Vielzahl von kleinen Tarifabnehmern. Eine Untersuchung des energiewirtschaftlichen Instituts Köln <sup>1)</sup> führte auf der Preisbasis 1959 folgende spezifische Verteilungskosten pro nutzbar abgegebene kWh an:

### (1) für ein großstädtisches Unternehmen:

Direkte Kosten:

|                   |              |
|-------------------|--------------|
| Personalkosten    | 0,35 Dpf/kWh |
| Sachkosten        | 0,22 Dpf/kWh |
| Kapitalkosten     | 1,15 Dpf/kWh |
| Kostensteuern     | 0,04 Dpf/kWh |
| Verlustkosten     | 0,41 Dpf/kWh |
| Indirekte Kosten: | 0,89 Dpf/kWh |

---

|              |              |
|--------------|--------------|
| Gesamtkosten | 3,06 Dpf/kWh |
|--------------|--------------|

### (2) für ein ländliches Regionalunternehmen:

Direkte Kosten:

|                   |              |
|-------------------|--------------|
| Personalkosten    | 0,90 Dpf/kWh |
| Sachkosten        | 1,10 Dpf/kWh |
| Kapitalkosten     | 2,48 Dpf/kWh |
| Kostensteuern     | 0,15 Dpf/kWh |
| Verlustkosten     | 1,09 Dpf/kWh |
| Indirekte Kosten: | 0,92 Dpf/kWh |

---

|              |              |
|--------------|--------------|
| Gesamtkosten | 6,64 Dpf/kWh |
|--------------|--------------|

Der Vergleich der Verteilungskosten wird durch die verschiedenartigen Strukturen der Absatzgebiete sicherlich erschwert. Jedoch sind die Gebiete nicht so unterschiedlich, daß sich nicht zwei oder drei ähnlich strukturierte Versorgungsge-

---

1) Gegenwärtige Struktur, Gutachten des Energiewirtschaftlichen Instituts, Köln.

bierte finden lassen. Auf eine exakte Berechnung der Kosten kommt es ja auch nicht an, sondern ein grober Vergleich soll zeigen, ob ein EVU seine Marktleistung ebenso gut erbringt wie andere. Liegt ein EVU mit seinen Preisen auffallend höher als andere in ähnlichen Situationen, so kann es dem Einschreiten der Kartellbehörde immer noch mit dem Hinweis auf die Besonderheiten begegnen, die in diesem Versorgungsgebiet jedes EVU zu höheren Preisen zwingen. Ergeben sich keine zwingenden Notwendigkeiten für die höheren Preise, so spricht das für einen Mißbrauch der Monopolstellung.

Berechtigen allein deutlich höhere Preise die Kartellbehörde zu einem Eingriff und muß das EVU den Vorwurf des Mißbrauchs entkräften, so wird damit praktisch eine Umkehr der Beweislast bewirkt. Das ist im Interesse der Wirksamkeit kartellbehördlicher Maßnahmen nur zu begrüßen. Die Kartellbehörde müßte andernfalls mit großem Personalaufwand in zeitraubenden Untersuchungen erst einen Mißbrauch feststellen. Die Verfügung würde im Zweifel nach mehreren Prozeßjahren wirksam und würde dann in einer veränderten Umwelt ihren Zweck meist verfehlen. Einem EVU hingegen fällt es erheblich leichter, mit den in seiner Sphäre liegenden Ursachen für die höheren Preise den Gegenbeweis anzutreten. Damit würde die Arbeit der Kartellbehörde erleichtert und die Verfahren würden beschleunigt.

Ein Vergleichswettbewerb, bei dem der Kartellbehörde die Aufgabe des Schiedsrichters zukommt, ist also möglich. H e i n e m a n n <sup>1)</sup> nennt diese Art Wettbewerb eine "Ideal-konkurrenz zwischen den EVU". Gegen einen solchen Vergleichswettbewerb sprechen sich M o r g e n t h a l e r <sup>2)</sup> und W i e d e m a n n <sup>3)</sup> aus. M o r g e n t h a l e r bezweifelt die Vergleichbarkeit der Absatzgebiete, die einen solchen Wettbewerb erst möglich machen würde. W i e d e m a n n befürchtet, daß ein Überwiegen wettbewerblicher Gesichtspunkte bei einem solchen Vergleich die EVU bei der Erfüllung der

---

1) In: Elektrizitätswirtschaft, 1967/335.

2) In: Unternehmensstruktur, S. 17.

3) in: BB 1967/569.

ihnen nach dem EnWG obliegenden Pflichten behindert. <sup>1)</sup> Diese Befürchtungen sind jedoch unberechtigt. Die Besonderheiten der Absatzgebiete können bei einem Verfahren wegen Mißbrauchs berücksichtigt werden; Wettbewerb dient gerade dazu, eine optimale Versorgung, die auch im Mittelpunkt des EnWG steht, zu sichern. Die besonderen Pflichten aus dem EnWGbürden den EVU keine Sonderopfer auf <sup>2)</sup>, sondern sind nur Äquivalent gegen die Marktmacht der EVU. Die Hauptpflicht der EVU, der Anschluß- und Versorgungszwang, bliebe auch bei Wegfall des § 6 EnWG als Folge der Rechtsprechung des RG zum Kontrahierungszwang bestehen. Denn einem Kontrahierungszwang unterliegen nicht nur die öffentlichen Versorgungsunternehmen, sondern alle privatwirtschaftlichen Betriebe, die ein Angebotsmonopol haben. <sup>3)</sup> Im übrigen ist dieser Kontrahierungszwang keineswegs umfassend, denn § 6 Abs. 2 und 3 EnWG sieht einige Ausnahmen von diesem Gebot vor. Dabei ist das Kriterium der Zumutbarkeit in Abs. 1 Ziff. 1, das keine Rücksicht darauf nimmt, in wessen Person die Gründe für die Unzumutbarkeit der Versorgung liegen, so weit gefaßt und so anpassungsfähig, daß höchstens reiner Willkür der EVU ein Riegel vorgeschoben wurde. <sup>4)</sup>

### 53. Die praktische Bedeutung des Vergleichswettbewerbs

Von einem solchen Vergleichswettbewerb geht auch die Entschließung <sup>5)</sup> aus, die die Kartellreferenten des Bundes und der Länder auf ihrer Tagung am 10./11. Juni 1965 in Berlin gefaßt haben. Darin heißt es:

"Ein Mißbrauch eines Gebietsschutzvertrages nach § 104 Abs. 1 Ziff. 1 GWB wird dann vorliegen, wenn ein örtliches Versorgungsunternehmen höhere Strompreise fordert als das Regionalunternehmen, von dem es den weiterverteilten Strom bezieht, und dieses Regionalunternehmen ohne Bestehen der

---

1) Vgl. dazu auch Ludwig, Der Städtetag 1966/263.

2) Wie z.B. Morgenthaler, Unternehmensstruktur, S. 12, meint.

3) Vgl. RG 132/273; 148/326; 133/388; 142/85.

4) Eiser-Riederer-Sieder I, S. 184 a; Gröner, ORDO XV/XVI, S. 383.

5) BB 1967/1390.

Gebietsschutzvereinbarung in der Lage wäre, die Versorgung zu seinen niedrigeren Preisen auch im Gebiet des Weiterverteilers zu übernehmen. Denn in diesen Fällen führt der Gebietsschutzvertrag entgegen seinem Gesetzeszweck zur Verteuerung des Strompreises. Ein im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht nach § 104 GWB anzuerkennender Anspruch auf Gewinn oder Kostendeckung besteht nicht." <sup>1)</sup>

Angeregt wurde diese EntschlieÙung durch den BeschluÙ des BGH "Zeitgleiche Summenmessung" <sup>2)</sup>, der damit auch einen Vergleich der Marktleistungen der einzelnen EVU für möglich hält.

Erweitert wurde diese Formel durch eine EntschlieÙung der Kartellreferenten vom 15./17. November 1967 in Düsseldorf, die lautet:

"Die Kartellreferenten des Bundes und der Länder sind einstimmig der Meinung, daÙ die EntschlieÙung vom 10./11. Juni 1965 auch auf die Prüfung eines Mißbrauchs im Horizontalverhältnis grundsätzlich Anwendung findet. Das billigere Energieversorgungsunternehmen ist jedenfalls dann "in der Lage", im Sinne der genannten EntschlieÙung das Gebiet des teureren Energieversorgungsunternehmens zu niedrigeren Preisen zu versorgen, wenn es dadurch ohne Beeinträchtigung der Sicherheit der Versorgung entweder seine eigene Ertragslage verbessern oder sie nicht verschlechtern würde. Eine Verschlechterung des Ertrages allein rechtfertigt aber noch nicht die Feststellung, daÙ das billigere Energieversorgungsunternehmen nicht "in der Lage" ist. Nur dann ist es nicht "in der Lage", wenn auch bei ihm bei der Versorgung des Gebietes des teureren Energieversorgungsunternehmens - z.B. wegen dessen Struktur - so hohe Kosten entstehen würden, daÙ diese es ihm nicht erlauben, in dem anderen Gebiet niedrigere Preise einzuführen." <sup>3)</sup>

---

1) Zu den Grenzen, denen diese EntschlieÙung unterliegen soll, vgl. Wiedemann, BB 1967/565.

2) WuW/E BGH 655 (WuW 1965/517); vgl. Kreis, BB 1966/562.

3) BB 1967/1390.

Wirksam kann ein Vergleichswettbewerb nur sein, wenn einem Wettbewerber, der in den Leistungen erheblich zurückfällt, auch Sanktionen drohen. Wenn schon die Hoffnung auf Gewinne keinen Anreiz geben können, so muß die Furcht vor Sanktionen das EVU zur Leistungssteigerung und damit zur Verbesserung der Versorgung zwingen. Die Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörde können als solche Sanktionen verstanden werden.<sup>1)</sup> Ob sie im Einzelfall ausreichen, ist eine andere noch nicht geklärte Frage.

Der Vergleichswettbewerb der EVU untereinander kann noch aus mehreren Gründen recht wirksam sein. Erhält ein EVU eine Abmahnung der Kartellbehörde, so läuft es Gefahr, seinen "good-will" zu verlieren, denn Gründe für eine Abmahnung sind im wesentlichen nur überhöhte Preise oder eine sonstige mißbräuchliche Gestaltung der Abnahmebedingungen. Überhöhte Preise können auf einer schlechten Kostensituation oder auf Marktmacht beruhen. Bedenkt man, daß die EVU immer mehr auf den Kapitalmarkt angewiesen sind, so bilden beide Ursachen kein gutes Renommee, denn letztlich sind es die Stromabnehmer, die ihr Geld zur Verfügung stellen sollen.<sup>2)</sup>

Eine zweite Überlegung spricht für die Wirksamkeit dieses Wettbewerbs. Nahezu alle EVU werden von einer Angestellten-schicht geleitet, die Galbraith mit dem Namen "Technostruktur" kennzeichnet. Die Motivationen<sup>3)</sup> dieser Technostruktur haben Einfluß auf die Verhaltensweisen der EVU. Die Technostruktur will in erster Linie autonom sein, d.h. in bestimmten Grenzen frei von externen Einflüssen schalten und walten können.<sup>4)</sup> Das geht aber nur, wenn auskömmliche Jahresergebnisse erwirtschaftet werden, die die Anteilseigner zufrie-

---

1) So sind aufgrund der Entschließung der Kartellreferenten 248 Verfahren eingeleitet worden, von denen bisher 144 ohne förmliche Mißbrauchsverfügung abgeschlossen werden konnten. Tätigkeitsbericht des BKA 1967, S. 85.

2) Dieser Gesichtspunkt spielt in der amerikanischen Energieversorgung eine große Rolle. Vgl. I. Schmidt, WuW 1967/786.

3) Galbraith, Industriegesellschaft, S. 88.

4) Galbraith, Industriegesellschaft, S. 189 ff..

den stellen. Schlechte Ergebnisse würden Eingriffe der Aktiönäre und Kreditgeber provozieren, die die Autonomie der Technologiestruktur einschränken.<sup>1)</sup> Ebenso würde auch eine Verfügung der Kartellbehörde die interessierte Öffentlichkeit auf diese EVU aufmerksam machen. Eine interessierte, kritische Öffentlichkeit ist aber Voraussetzung dafür, daß der Mißbrauch der Markstellung verhindert oder zumindest erschwert wird.

Die mit einem solchen Vergleichswettbewerb verbundenen Möglichkeiten zur Intensivierung des Wettbewerbs im Bereich der Elektrizitätswirtschaft werden zur Zeit noch nicht ausreichend genutzt. Die EntschlieBungen der Kartellreferenten beziehen nur ein EVU in den Vergleich ein, das seinerseits die Versorgung übernehmen könnte. Ein Vergleich kann aber durchaus zwischen zwei EVU möglich sein, die weder rechtlich noch tatsächlich etwas miteinander zu tun haben. Dazu fehlen noch statistische Unterlagen über die Versorgungsnetze, die Abnehmerdichte und die Struktur der Abnehmer. Die Anteile der Tarif- und Sonderabnehmer an der Gesamtleistung müßten bei jedem EVU ausgewiesen werden. Erst mit diesen Daten wird ein umfassenderer Vergleich möglich und sinnvoll.<sup>2)</sup>

#### 6. Auswirkungen der Marktphasen auf die Wettbewerbsverhältnisse

Für die Elektrizitätswirtschaft lassen sich die Experimentierungs- und die Stagnationsphase von vornherein ausschließen, denn Strom wird seit über 80 Jahren gewerblich produziert<sup>3)</sup> und eine Stagnation des Stromabsatzes läßt sich nicht absehen.

---

1) Galbraith, Industriegesellschaft, S. 190.

2) Zwar startete die RWE-AG im Frühjahr 1968 eine Werbekampagne, in der betont wird, RWE sei "ganz auf Wettbewerb eingestellt", wirksam ist der Wettbewerb aber nur, wenn er auf ökonomischem Zwang und nicht auf mehr sportlichem Ehrgeiz beruht.  
Vgl. eine der Anzeigen, z.B. in der "Zeit" vom 17.5.1968, Nr. 20, S. 37.

3) Eiser-Riederer-Sieder I, S. 26.

### 61. Die Entwicklung der Stromerzeugung in der BRD

Die Entwicklung der Stromerzeugung in der BRD nach dem Kriege wird in Tabelle 8 <sup>1)</sup> und dem anschließenden Diagramm (Abb. 5) <sup>2)</sup> aufgezeigt. In der Gesamtstromerzeugung errechnet sich ein durchschnittlicher Zuwachs von

8,77 %

jährlich; der Zuwachs in der Erzeugung der öffentlichen Kraftwerke liegt mit

9,20 %

etwas darüber, während der Zuwachsanteil der industriellen Eigenanlagen mit

7,99 %

zurückbleibt. Die stark abfallenden Zuwachsraten der Jahre 1965 - 1967 dürften keinen Umschwung des Trends anzeigen, sondern nur Ausdruck der gesamtwirtschaftlichen Rezession sein. Diese Vermutung wird durch den starken Anstieg des Stromverbrauchs im 1. Halbjahr 1968 bestätigt. Der Verbrauch liegt um 10,2 % höher als im gleichen Vorjahreszeitraum. <sup>3)</sup>

Würde die Marktstellung der Elektrizitätswirtschaft ausschließlich nach ihren relativ konstanten Zuwachsraten beurteilt, so wäre sie eher der Ausreifungs- denn der Expansionsphase zuzuordnen. Ein Vergleich mit der Stromerzeugung in einigen anderen Ländern (vgl. Tabelle 9) <sup>4)</sup> zeigt jedoch, daß die Stromerzeugung ihre Marktgrenzen noch nicht erreicht hat.

---

1) Seite 110.

2) Seite 111.

3) Nach einer Notiz in den Westfälischen Nachrichten vom 17.7.1968, Nr. 163.

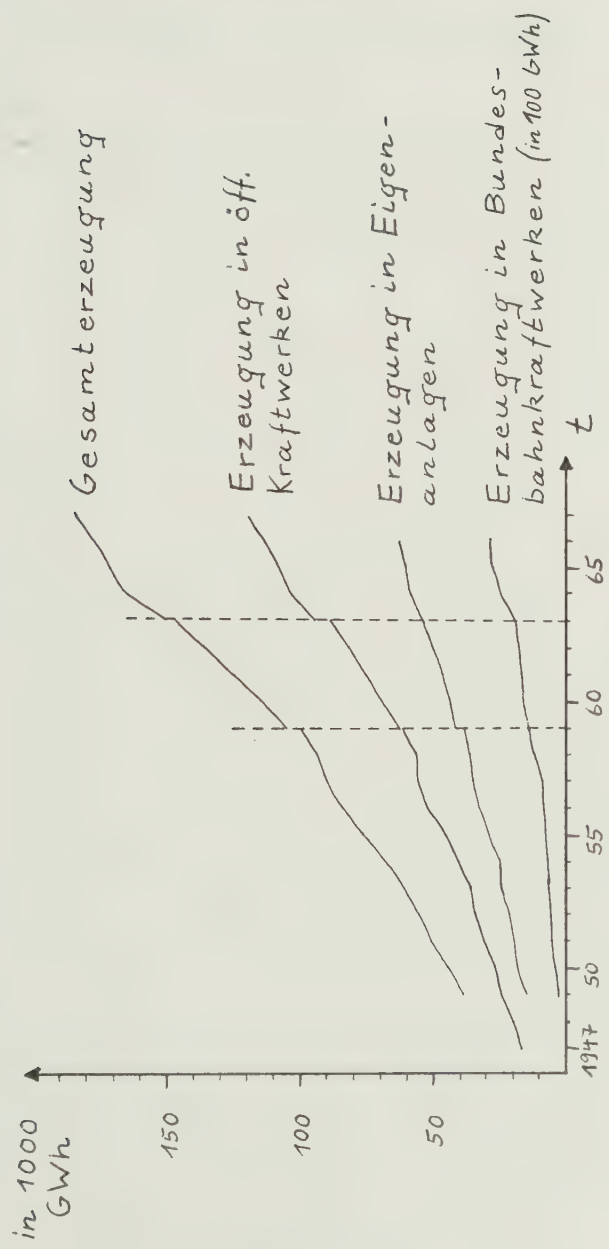
4) Seite 112.

Tab. 8: Die Stromerzeugung in der BRD in den Jahren 1947 - 1967

| Jahr               | Erzeugung insgesamt |           | Anteil der öffentlichen Kraftwerke |           | Anteil der Eigenanlagen 1) |           | Anteil der Bundesbahnkraftwerke 2) |           |
|--------------------|---------------------|-----------|------------------------------------|-----------|----------------------------|-----------|------------------------------------|-----------|
|                    | in GWh              | Zun. in % | in GWh                             | Zun. in % | in GWh                     | Zun. in % | in GWh                             | Zun. in % |
| 1947 <sup>3)</sup> |                     |           | 17 257                             |           |                            |           |                                    |           |
| 1948               |                     |           | 20 434                             |           |                            |           |                                    |           |
| 1949               | 39 103              |           | 23 840                             |           | 14 875                     |           | 388                                |           |
| 1950               | 44 467              |           | 26 800                             |           | 17 218                     |           | 449                                |           |
| 1951               | 51 848              | 16,6      | 31 492                             | 17,5      | 19 863                     | 15,4      | 493                                | 9,8       |
| 1952               | 56 780              | 9,5       | 34 315                             | 9,0       | 21 892                     | 10,2      | 573                                | 16,2      |
| 1953               | 61 071              | 7,6       | 36 408                             | 6,1       | 24 090                     | 10,0      | 573                                | + 0       |
| 1954               | 68 521              | 12,2      | 41 453                             | 13,9      | 26 419                     | 9,7       | 649                                | 13,3      |
| 1955               | 76 542              | 11,7      | 46 648                             | 12,5      | 29 131                     | 10,3      | 763                                | 17,6      |
| 1956               | 85 074              | 11,1      | 52 023                             | 11,5      | 32 244                     | 10,7      | 807                                | 5,8       |
| 1957               | 91 773              | 7,9       | 56 306                             | 8,2       | 34 624                     | 7,4       | 843                                | 4,5       |
| 1958               | 95 271              | 3,8       | 57 535                             | 2,2       | 36 676                     | 5,9       | 1 060                              | 25,7      |
| 1959 <sup>4)</sup> | 103 213             | 8,3       | 62 693                             | 9,0       | 39 164                     | 6,8       | 1 356                              | 27,9      |
| 1959 <sup>5)</sup> | 106 206             |           | 63 469                             |           | 41 381                     |           | 1 356                              |           |
| 1960               | 116 418             | 9,6       | 70 391                             | 10,9      | 44 498                     | 7,5       | 1 529                              | 12,8      |
| 1961               | 124 563             | 7,0       | 75 212                             | 6,8       | 47 636                     | 7,1       | 1 715                              | 12,2      |
| 1962               | 135 438             | 8,7       | 81 272                             | 8,7       | 51 900                     | 9,0       | 1 811                              | 5,6       |
| 1963 <sup>6)</sup> | 147 271             | 8,7       | 89 568                             | 9,6       | 55 706                     | 7,3       | 1 997                              | 10,3      |
| 1963               | 150 438             |           | 92 685                             |           | 55 756                     |           | 1 997                              |           |
| 1964               | 164 437             | 9,3       | 103 149                            | 11,3      | 58 801                     | 5,5       | 2 487                              | 24,5      |
| 1965               | 172 341             | 4,8       | 108 791                            | 5,5       | 60 795                     | 3,4       | 2 755                              | 10,8      |
| 1966               | 178 318             | 3,5       | 113 646                            | 4,5       | 61 844                     | 1,7       | 2 828                              | 2,6       |
| 1967 <sup>7)</sup> | 184 700             | 3,6       | 119 000                            | 3,9       |                            |           |                                    |           |

- 1) Für die Industriekraftwerke wurden zum Teil Schätzungen vorgenommen.
- 2) Eigenanlagen der Bundesbahn einschließlich Einphasenerzeugung in öffentlichen Kraftwerken und industriellen Eigenanlagen.
- 3) Die Zahlen für 1947 - 1949 stammen aus dem Stat. Jahrbuch 1952.
- 4) Die Zahlen für 1959 ohne Saarland stammen aus dem Stat. Jahrbuch 1961.
- 5) Einschließlich Saarland.
- 6) Einschließlich Westberlin.
- 7) Die Zahlen stammen aus Energiewirtschaftlichen Tagesfragen. Da sie nur vorläufig sind, wurden sie nicht in den Durchschnitt einbezogen.

Quelle: Statistik der Energiewirtschaft, Ausgabe 1967, Tafel 86.



Quelle: Tabelle 8

Tab. 9: Die Stromerzeugung in einigen anderen Ländern im Vergleich zur Stromerzeugung in der BRD

| Land                  | Stromerzeugung in GWh |          |          |          |          |
|-----------------------|-----------------------|----------|----------|----------|----------|
|                       | 1962                  | 1963     | 1964     | 1965     | 1966     |
| BRD                   | 135 438               | 147 271  | 164 437  | 172 341  | 178 318  |
| Frankreich<br>(netto) | 83 093                | 88 248   | 93 780   | 101 160  | 105 660  |
| Italien<br>(netto)    | 64 859                | 71 340   | 76 740   | 79 224   | 86 892   |
| Großbritannien        | 160 452               | 169 620  | 177 720  | 191 640  | 196 524  |
| Schweiz               | 21 342                | 22 008   | 22 860   | 24 456   | 1)       |
| UdSSR                 | 369 275               | 412 416  | 458 904  | 506 712  | 545 004  |
| DDR                   | 45 063                | 47 448   | 51 036   | 53 616   | 56 316   |
| CSSR                  | 28 732                | 29 856   | 31 980   | 34 118   | 36 456   |
| USA                   | 946 527               | 1011 420 | 1083 744 | 1157 388 | 1248 240 |
| Kanada                | 117 001               | 122 328  | 134 983  | 144 276  | 157 680  |
| Südafrika             | 26 105                | 27 828   | 30 420   | 32 772   | 34 752   |
| Australien            | 26 275                | 30 602   | 33 912   | 36 912   | 39 744   |
| Japan                 | 140 383               | 160 212  | 179 592  | 192 144  |          |

1) Die hier angegebene Zahl von 72 690 GWh scheint auf einem Druckfehler zu beruhen.

Quelle: Statistik der Energiewirtschaft, Ausgabe 1967,  
Tafel 131

Besonders ein Vergleich des Stromverbrauchs pro Kopf läßt erkennen, daß in der BRD auch in Zukunft noch eine Expansion zu erwarten ist.

Tab. 10: Der Stromverbrauch pro Kopf im Jahre 1965 in der BRD, in Japan, Großbritannien und der Schweiz

| Land                | Einwohner-<br>zahl<br>in 1000 | Strom-<br>verbrauch<br>in GWh | Stromverbrauch<br>pro Kopf<br>in kWh |
|---------------------|-------------------------------|-------------------------------|--------------------------------------|
| Japan               | 96.910                        | 192.144                       | 1.982,7                              |
| BRD                 | 59.675                        | 172.318                       | 2.887,6                              |
| Großbri-<br>tannien | 54.719                        | 191.640                       | 3.502,4                              |
| Schweiz             | 6.000                         | 24.456                        | 4.076,0                              |

#### 62. Rationalisierungsmöglichkeiten und technischer Fortschritt als Kriterien für die Marktphase

Weitere Kriterien für die Beschreibung des Marktstadiums sind die Möglichkeit zur Rationalisierung und Kostenreduktionen sowie die rasche Realisierung des technischen Fortschritts. <sup>1)</sup>

Die spezifischen Kostenverläufe für die mit herkömmlichen Energien betriebenen Kraftwerke sind bekannt und lassen sich bei den vorgegebenen Betriebsgrößen kaum noch senken, sofern die Anlagen ausgelastet sind. Da die Nachfrage nach Strom noch ständig steigt, werden aber in Zukunft die Kosten der Stromerzeugung weiter gesenkt werden können.

- (1) Bisher nicht voll ausgelastete Anlagen werden besser genutzt.
- (2) Der Bau größerer Werke und größerer Erzeugungseinheiten wird möglich. Diese Entwicklung kann durch Kooperation beschleunigt werden.
- (3) Durch die Verwendung der Kernenergie werden neue Verfahren mit andersartigen Kostenstrukturen ermöglicht.

---

1) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 44.

Gerade die Kernkraftwerke können in der Zukunft zu großen Kostenreduktionen führen. Bereits heute können Kernkraftwerke in der Elektrizitätsversorgung wirtschaftlich eingesetzt werden.<sup>1)</sup> Die Entwicklung ist in ihrem Ausmaß noch gar nicht abzusehen. Während zur Zeit noch vorwiegend sogenannte Konverterreaktoren verwandt werden, konzentriert sich die Entwicklung der Reaktortechnik immer mehr auf sogenannte Brutreaktoren ("schnelle Brüter"). Diese Reaktoren zeichnen sich dadurch aus, daß sie im Gegensatz zu den Konverterreaktoren mehr spaltbares Material erzeugen als sie verbrauchen. Neueste deutsche Pläne führen noch weiter. Mit Hilfe von Thorium-Hochtemperatur-Reaktoren (auch "Kugelhaufenreaktoren") soll ein Energietausch auf Heißdampf, von dem alle Reaktoren ausgehen, überflüssig werden. Das als Kühlgas benutzte Helium soll unmittelbar eine Heliumturbine antreiben, die dann den Strom erzeugt. Allein die Anlagekosten sollen dadurch um 10 - 15 % gemindert werden.<sup>2)</sup>

Kann durch Kernkraftwerke erheblich billigerer Strom angeboten werden, so können auch noch neue Märkte gewonnen oder die Anteile auf alten Märkten erweitert werden. Würde z.B. der Strom für Heizzwecke nur etwa 2 Dpf/kWh weniger kosten, so würde mancher Haushalt wegen der Bequemlichkeit, Sauberkeit und Preisgünstigkeit zur Stromheizung übergehen. Oder es könnten die Autobahnen mit vertretbaren Kosten auf ihrer ganzen Länge beleuchtet werden. Billigerer Strom könnte die Mechanisierung der Haushalte, des Gewerbes und der Industrie noch fördern. Kernkraftwerke können also eine verstärkte Expansion bewirken.

Diese technische Neuerung ist von der deutschen Elektrizitätswirtschaft sehr rasch aufgegriffen und auch realisiert worden. Das Kernkraftwerk Lingen ging im Sommer 1968 nach dem Kernkraftwerk Gundremmingen in Betrieb. In Obrigheim ist ein weiteres Kraftwerk im Bau, mehrere andere sind geplant (vgl. Tabelle 11).

---

1) Vgl. Michaelis, Ordnungsprobleme, Festschrift für Wessels, S. 261 ff..

2) "Die Zeit" Nr. 29 vom 19.7.1968, S. 20.

Tab. 11: Kommerzielle Kernkraftwerke in der BRD

| Standort               | Leistung in MW | Inbetriebnahme |
|------------------------|----------------|----------------|
| Gundremmingen          | 250            | 1966           |
| Lingen                 | 252            | 1968           |
| Obrigheim              | 300            | 1968           |
| Niederaichach          | 100            | 1970           |
| Stadersand             | 662            | 1972           |
| Würgassen              | 670            | 1972           |
| Frankfurt/<br>Mannheim | über 1 000     | 1972/73        |

Quelle: Volkswirt 1968, Nr. 35, S. 17

Diese Aufgeschlossenheit der Unternehmen für den technischen Fortschritt und der Zwang dazu, um nicht den Anschluß zu verlieren, sind Zeichen einer Expansionsphase.

### 63. Wettbewerbliche Beurteilung der Marktsituation

Der Stromverbrauch wird auch in Zukunft weiter steigen. Über die Höhe der Zuwachsraten lassen sich keine exakten Aussagen machen. Aus den Steigerungsraten des Nachfragewachstums lassen sich Rückschlüsse auf die Wettbewerbssituation ziehen. <sup>1)</sup>

Solange die Elektrizitätswirtschaft noch expandiert, kann jedes EVU seine Produktion ausweiten, selbst wenn es sich nur auf sein Versorgungsgebiet beschränkt. Der Anreiz, in andere Versorgungsgebiete einzudringen, um Absatzmöglichkeiten für größere, kostengünstigere Produktionsanlagen zu schaffen, wäre wegen dieser Marktentwicklung selbst dann nur gering, wenn keine privatrechtlichen Wettbewerbsbeschränkungen mit einem Gebietsschutz bestünden.

In einer expansiven Marktsituation sind so umfassende Wettbewerbsbeschränkungen wie in der Elektrizitätswirtschaft eigentlich untypisch. Da jeder Anbieter seine Produktion ausweiten kann, ist eine Verdrängung der Wettbewerber nicht zu

---

1) Vgl. oben S. 61 f..

befürchten. Überkapazitäten können selbst bei einem Nachfragerwachstum von nur 5 % jährlich sehr rasch genutzt werden. Eine durch Marktsättigung und Kapazitätsüberhang verursachte ruinöse Konkurrenz ist in einem solchen Marktstadium nicht zu befürchten. Die Marktentwicklung in der Elektrizitätswirtschaft läßt aus der Sicht der Marktphase durchaus ein größeres Maß an Wettbewerb zu.

Das Hauptgewicht der Wettbewerbsbeschränkungen liegt in der Absicherung der erreichten Position. Damit wird gleichzeitig der Zwang zum technischen Fortschritt vermindert. Während sich der gesamte Markt noch dynamisch entwickelt, werden durch diese Wettbewerbsbeschränkungen einige wichtige Marktdaten wie Anbieterzahl und Marktgrenzen fixiert.

Folge dieser nicht erforderlichen Wettbewerbsbeschränkungen ist zugleich eine Beschneidung der Wahlfreiheit der Abnehmer. Der Gedanke der wirtschaftlichen Freiheit der Nachfrager wird in einer Weise hinter die Interessen der Anbieter zurückgedrängt, die aus den sachlichen Gegebenheiten nicht gerechtfertigt werden kann. Auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der wirtschaftlichen Freiheit erscheint eine Förderung des Wettbewerbs angebracht.

## 7. Zusammenfassung und Schlußfolgerungen

Die Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse in der Elektrizitätswirtschaft hat sichtbar gemacht, daß Demarkations- und Konzessionsverträge dem Wettbewerb Grenzen aufzwingen, die nicht auf naturgegebenen Wettbewerbsbeschränkungen, d.h. technischen Besonderheiten beruhen. Es bleibt die Frage, inwieweit der Wettbewerb trotz der in § 103 Abs. 1 GWB erlaubten Wettbewerbsbeschränkungen seiner Ordnungsfunktion auch in der Elektrizitätswirtschaft gerecht werden kann. Dabei sind sämtliche Wettbewerbsformen zu berücksichtigen.

### 7.1. Die Wirksamkeit des Wettbewerbs

Ein EVU ist auf dem Strommarkt in seiner Preispolitik nicht völlig unabhängig. Vor allem die Gefahr eines Wechsels auf Eigenanlagen muß wegen der damit verbundenen Absatz-

restriktion bei einer Preiserhöhung berücksichtigt werden. Die hohe Nachfrageelastizität der Preis-Absatz-Kurve für den Gesamtstromverbrauch in gewissen Bereichen spricht also für eine wettbewerbliche Gebundenheit der EVU.<sup>1)</sup>

Auch der Wettbewerb durch Datenvergleich, der in den Entschlüssen der Kartellreferenten anklingt, zwingt die EVU, auf die Preise anderer Anbieter Rücksicht zu nehmen, wenn auch bisher in nur geringem Maße. Ein höherer Preis ist ohne besondere Gründe nicht dauerhaft durchsetzbar, da Sanktionen der Kartellbehörde drohen.

Insgesamt läßt sich das Verhalten der EVU als oligopolistisch bezeichnen. Der Wettbewerb zwischen Oligopolen muß unter Berücksichtigung der Marktphasenlehre von E. Heuss beurteilt werden. Wird nämlich von einer gegebenen Nachfrage ausgegangen, so wird gleichzeitig das Marktbild der Ausreifungs- und/oder der Stagnationsphase unterstellt.<sup>2)</sup>

Ein durchaus wirksamer Wettbewerb ist zwischen Oligopolisten aber in der Expansionsphase möglich.<sup>3)</sup> In diesem Marktstadium ist für jeden Unternehmer ausreichend Platz, so daß die Interdependenz zwischen den Anbietern die Initiative und die Aktionen einzelner Teilnehmer nicht hemmt. Weder die Gestaltung des Produkts, noch der Umfang der Nachfrage, noch die Zahl der Marktteilnehmer und die Struktur der Kosten sind für die Wettbewerber Daten. Darüber hinaus fehlt es an Markttransparenz und an abschließenden Erfahrungen mit den Produktionsverfahren und mit der Verwendbarkeit des Produkts. Da sich die Marktdaten im Zeitablauf ständig verändern und auf Erfahrungen nicht immer zurückgegriffen werden kann, liegen die Ergebnisse des Wettbewerbs nicht von vornherein fest. Jeder Wettbewerber kann hoffen, auf diesem Markt der erfolgreichste und/oder größte Anbieter zu werden. Diese Hoffnung und die Möglichkeit, alle genannten Faktoren in den Wettbewerbsprozeß einzubeziehen,

---

1) Resch, Preisbildung, S. 122.

2) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 63/64 und 87.

3) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 60.

lassen auch unter Oligopolisten einen leistungsfähigen Wettbewerb zu. Dieser Wettbewerb, der in verschiedenen Dimensionen stattfindet, kann, auch wenn nur wenige Unternehmen daran beteiligt sind, die Ordnungsfunktionen innerhalb des Wettbewerbssystems erfüllen.<sup>1)</sup>

In der Elektrizitätswirtschaft versprechen Kernkraftwerke Kostensenkungen, die der Elektrizität weitere Bereiche eröffnen werden. Hinzu kommt die jährliche Nachfragesteigerung nach Strom. Insgesamt wird man sagen können, daß sich die Elektrizitätswirtschaft noch in der Expansion befindet. Unter Berücksichtigung aller Wettbewerbsformen läßt sich für Teilbereiche der Nachfragekurve ein wirksamer oligopolistischer Wettbewerb feststellen.

## 72. Die Grenzen der Ordnungsmöglichkeiten durch den Wettbewerb

Die Gesamtnachfragefunktion nach Strom weist neben wettbewerbsintensiven Zonen auch solche auf, in denen eine monopolistische Preisbildung kaum behindert wird. Diese starren Nachfragebereiche entfallen hauptsächlich auf die große Zahl der Haushaltsabnehmer und der Gewerbetreibenden. Diese Nachfrager können höchstens auf dem Wärmemarkt bei Preisüberhöhungen auf andere Energieträger ausweichen und in Zukunft z.B. mit Gas heizen oder kochen.<sup>2)</sup> Die kleineren Abnehmer verfügen nicht über genügend wirtschaftliche Macht, um allein ihre Interessen gegen die EVU wahren zu können.

Ein Mißbrauch der Macht gegenüber den kleinen Abnehmern kann insbesondere in einer übermäßigen Preisdifferenzierung liegen.<sup>3)</sup> Bei Preisdifferenzierung gelingt es einem Unternehmer, seinen Abnehmern Güter gleicher Art und Qualität zu verschiedenen Preisen zu verkaufen.<sup>4)</sup> Um Preisdifferenzierung betreiben zu können, ist kein vollständiges Monopol notwendig,

---

1) Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 60.

2) Die Anpassungsbeweglichkeit ist aber nur gering. Resch, Preisbildung, S. 58.

3) H.K. Schneider, Grenzkostenpreise, S. 225.

4) Gutenberg, Betriebswirtschaftslehre, Bd. 2, S. 335.

sondern es genügen monopolistische Teilbereiche, in denen die Anbieter nicht mit Reaktionen ihrer Konkurrenten zu rechnen haben. <sup>1)</sup>

Das Hauptproblem für ein Unternehmen, das eine Preisdifferenzierung wirksam betreiben will, liegt darin, die durch die abweichenden Preise entstandenen Märkte streng voneinander zu trennen, damit nicht die billigere Ware in einen Teilmarkt eindringen kann, in dem ein höherer Preis gefordert wird. Die Schwierigkeiten, die einzelnen Teilmärkte voneinander abzuschließen, verhindern gleichzeitig einen größeren Mißbrauch dieses Absatzinstruments. Sind nämlich die Preisunterschiede so hoch, so wird die Verlockung, die Grenzen der Teilmärkte zu durchbrechen, immer größer. Gerade diese Schwierigkeiten entfallen in der Elektrizitätswirtschaft durch die Leitungsgebundenheit völlig. Alle Abnehmer erhalten physikalisch das gleiche Gut, nur zu unterschiedlichen Preisen. Ein Ausbrechen aus dem durch den Preis bestimmten Teilmarkt ist nicht möglich, da der Wechsel zu einem zweiten Anbieter ausgeschlossen ist. So gibt es keine technischen Schwierigkeiten, von allen Abnehmern etwa, deren Namen mit dem Buchstaben D beginnen, einen höheren Preis zu fordern.

Von der Preisdifferenzierung ist in der Elektrizitätswirtschaft weitgehend Gebrauch gemacht worden. Es gibt Tarife für Haushalts- und Gewerbeabnehmer, Nachtstrompreise und nach der Abnahmemenge gestaffelte Arbeitspreise. Daneben gibt es Preise für Sonderabnehmer und Weiterverteiler.

Es soll nicht bestritten werden, daß diese verschiedenen Preise auf sachlichen Gründen basieren. <sup>2)</sup> So fallen für die Abnehmergruppen jeweils andere Verteilungskosten an. Nachtstromtarife sollen für eine gleichmäßigere Kapazitätsauslastung sorgen. Ähnliche Überlegungen führen auch in wettbewerbsintensiven Märkten zu Preisdifferenzierungen. <sup>3)</sup>

---

1) Gutenberg, Betriebswirtschaftslehre, Bd. 2, S. 347.

2) Resch, Preisbildung, S. 123 ff.; Schönauer, Marktprozesse, S. 44 ff., S. 51.

3) Vgl. die Sommer- und Winterpreise bei Kohle und Öl.

Bedenklich ist in der Elektrizitätswirtschaft aber, daß kein automatisch wirkendes Regulativ, wie etwa der Wettbewerb, einen Mißbrauch der Marktstellung durch Preisdifferenzierung verhindert. Ohne eine solche Kontrolle wäre es leicht möglich, daß die EVU aus Übergewinnen in diesen monopolistischen Bereichen niedrigere Kampfpreise in den wettbewerbsgebundenen Nachfragebereichen finanzieren und so den Wettbewerb verfälschen.

Die monopolistischen Abschnitte der Nachfragefunktion befreien die EVU von einer weiteren Gefahr. Selbst wenn sie ihren Preis ständig erhöhen und einen großen Teil der Nachfrage verlieren, ist ihr Bestand nicht bedroht. Während in anderen Wirtschaftszweigen leistungsschwache Unternehmen durch den Wettbewerb zum Ausscheiden gezwungen werden, können sich die EVU immer noch auf den verbleibenden Teil der Stromnachfrage stützen, der nicht durch andere Energieträger ersetzbar ist. Die Unwirtschaftlichkeit doppelter Leistungssysteme, vor allem für kleinere Abnehmer, würde auch bei Wegfall sämtlicher rechtlichen Beschränkungen den einzelnen EVU eine unangreifbare Absatzmenge sichern, die einen Konkurs verhindert oder jedenfalls hinauschiebt. So können sich in der Elektrizitätswirtschaft noch Unternehmen halten, die in anderen Wirtschaftszweigen längst hätten ausscheiden müssen. Die sonst vom Wettbewerb getroffene Auswahl der besten Unternehmen nach der Marktleistung ist hier nicht oder nur mit größerer Verzögerung möglich und muß daher von anderen Ordnungsorganen übernommen werden. <sup>1)</sup>

Ein weiteres Hemmnis liegt in der niedrigen Anpassungsflexibilität der Versorgungsleitungen. <sup>2)</sup> Leitungen erfordern eine längere Bauzeit, so daß Strom bei Bedarf nicht sofort an jeder Stelle erreichbar ist. Dieses Problem dürfte jedoch kaum praktisch werden, da Nachfrager ihren Abnahmebeginn auch vorher planen und die Bauzeit für die notwendigen Versorgungsleitungen in Rechnung stellen können, jedenfalls wenn es sich um größere Strommengen handelt. Bei kleineren Abnahmemengen kann leichter improvisiert werden, wie die Stromversorgung oft

---

1) Zu diesen Gefahren vgl. auch Schönauer, Marktprozesse, S. 86.

2) Begründung zum Regierungsentwurf, Teil C zu § 77 im Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1126.

abgelegener Baustellen deutlich zeigt. Die Zeit bis zum Bau einer ordnungsgemäßen Versorgungsleitung kann so in fast allen Fällen überbrückt werden.

Eine andere Frage ist es allerdings, ob die EVU ohne weiteres bereit sind, jeden Abnehmer an ihr Netz anzuschließen. Vor allem kleinere Abnehmer, deren Anschluß eine lange Zuleitung erfordert, sind wegen der hohen Leitungskosten wenig attraktiv. Baukostenzuschüsse der Abnehmer verbessern zwar die Rentabilität der einzelnen Anschlüsse, aber bei Wettbewerb wäre wegen der strukturellen Besonderheiten die Versorgung nicht garantiert.

Die Ordnungsmöglichkeiten durch den Wettbewerb sind durch das GWB und das EnWG zur Zeit noch eingeschränkt. Demarkationen und Konzessionsabsprachen sowie die Genehmigungspflicht der Versorgungsaufnahme schließen neue Wettbewerber vom Markt aus. Gerade der potentielle Wettbewerb hat eine wichtige Aufgabe bei der Verhinderung von Marktmachtmißbräuchen. Allein die Gefahr, daß wegen der hohen Gewinne andere Anbieter in den Markt drängen könnten, zwingt häufig schon zu wettbewerbskonformen Verhaltensweisen.

So bleiben letztlich nur der Schutz der sogenannten Tarifabnehmer und das Urteil über mangelhafte Leistungen eines EVU (Abmeierung), die vom Wettbewerb nicht übernommen werden können. Diesen Unvollkommenheiten muß durch andere Ordnungsfaktoren Rechnung getragen werden.

#### c) Das amerikanische Regulation-System als Alternative

Der Wettbewerb könnte durch ein Ordnungssystem ersetzt werden, das nach Art der amerikanischen Regulation die strukturellen Unvollkommenheiten in der Elektrizitätswirtschaft überbrückt.

Träger der Regulations sind Kommissionen der einzelnen Bundesstaaten sowie alternativ oder zusätzlich Kommissionen des Bundes.<sup>1)</sup> An Bundeskommissionen sind für die Elektrizitätswirtschaft die Federal Power Commission (FPC) und die

---

1) Zum folgenden vgl. Mahlert-Schneider, S. 17 ff..

Security and Exchange Commission (SEC) zu nennen. Die Kommissionen des Bundes und der Einzelstaaten haben im wesentlichen folgende Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten.

(1) Ungefähr drei Viertel der Staatskommissionen können durch "Bescheinigungen über die öffentliche Zweckdienlichkeit und Notwendigkeit" über die Betriebsaufnahme entscheiden und zugleich die Grenzen des Versorgungsgebietes bestimmen.

(2) Alle Staatskommissionen setzen Preis- und Gewinn Grenzen. Sämtliche Tarife müssen veröffentlicht und genehmigt werden. Die Tarife dürfen nicht zur Subventionierung zwischen den Abnehmergruppen dienen <sup>1)</sup>, ebenso ist eine Diskriminierung in der Regel verboten.

(3) Es müssen von den EVU einheitliche Kontenpläne benutzt werden, die Grundlage für die Preis- und Kostenkontrolle sind.

(4) Die Jahresberichte müssen in standardisierter Form vorgelegt werden.

(5) Die Abschreibungsmethoden werden ebenso wie die Abschreibungssätze von den Staatskommissionen vorgeschrieben.

(6) Mehr als drei Viertel aller Staatskommissionen überwachen den Verkauf oder die Verpachtung von Versorgungsanlagen, die Fusionen, Konsolidationen, Reorganisationen und Verträge zwischen Holding-Gesellschaften und deren Tochtergesellschaften.

Diese Rechte der Kommissionen sind so umfassend, daß kein Teilbereich der unternehmerischen Tätigkeit diesen Kontrollen entzogen ist. Einzig die oben unter Ziffer (1) und (2), Satz 2 genannten Rechte und Pflichten haben in Deutschland in den §§ 4, 5, 6 EnWG wenigstens teilweise ein Pendant. Die Energiewirtschaft ist also in den USA einem erheblich strengeren staatlichen Einfluß unterworfen als in der BRD. <sup>2)</sup> Ziele dieser Regulations sind es, .

(1) überhöhte Kosten und übermäßige Gewinne zu verhindern,

---

1) Immenga, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 253; anderer Ansicht: I. Schmidt, WuW 1967/78o.

2) Immenga, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 252.

- (2) Diskriminierungen durch den Preis auszuschließen,
- (3) die Qualität der Versorgungsleistungen angemessen zu gestalten,
- (4) einen Ertrag zu erlauben, der die Kosten deckt und eine angemessene Eigenkapitalverzinsung erlaubt,
- (5) die Investitionen zu ermöglichen, die notwendig sind, um den wachsenden Bedarf zu befriedigen. <sup>1)</sup>

Diese Ziele sollen zwar alle auch im Rahmen einer Wettbewerbsordnung erfüllt werden, aber aus der Zielübereinstimmung läßt sich nicht ohne weiteres darauf schließen, daß die Kommissionen bei ihren Eingriffen einen Als-ob-Wettbewerb als Maßstab zugrunde legen. <sup>2)</sup> Wettbewerb würde auch die Ausnutzung von Kostenvorteilen und damit höhere Gewinnspannen erlauben. Die Kommissionen achten aber immer darauf, daß die Kostensenkungen unmittelbar an den Verbraucher weitergegeben werden, auch wenn andere EVU noch erheblich höhere Preise aufgrund ihrer höheren Kosten fordern dürfen. Es spricht also mehr dafür, daß die zwar privatwirtschaftlich organisierten EVU vor allem Bedarfsdeckungsaufgaben haben, über deren Erfüllung die Kommissionen wachen. Es soll kein Wettbewerb fingiert werden, denn dazu fehlen die mit Wettbewerb zwingend verbundenen Chancen und die Risiken. <sup>3)</sup>

Kernproblem der Regulations ist die Ermittlung eines "fairen Kapitalertrages" <sup>4)</sup>, der es den EVU einerseits erlaubt, ihren Versorgungspflichten nachzukommen, andererseits aber verhindert, daß sie ihre Marktposition durch überhöhte Gewinne ausnutzen.

So muß ein EVU seine Preise senken, wenn es nach Ansicht der Kommission mehr verdient als zulässig ist. Dazu können die Kosten der EVU jederzeit kontrolliert werden. Sind sie überhöht, so finden sie im Rahmen der Preisbildung keine Anerkennung.

---

1) Mahlert-Schneider, S. 15; I. Schmidt, WuW 1967/780.

2) Das meint aber I. Schmidt, WuW 1967/779.

3) Mahlert-Schneider, S. 16.

4) Mahlert-Schneider, S. 23; I. Schmidt, WuW 1967/781.

Die sonst automatisch wirkende Kostenkontrolle des Wettbewerbs wird hier durch die Rechte der staatlichen Kommissionen ersetzt.<sup>1)</sup>

Daneben werden aber auch die Kapitalbasis und der auf die Kapitalbasis bezogene Ertragssatz von den Kommissionen bestimmt.<sup>2)</sup> Bei der Berechnung dieser beiden Größen ergeben sich Schwierigkeiten, deren Bewältigung oft zu unterschiedlichen Ergebnissen in den einzelnen Staaten führt. Überall aber wird die Höhe des Ertrages entscheidend durch die Eingriffsmöglichkeiten der Kommissionen bestimmt, die sich ihrerseits wieder nach dem Urteil der Kapitalgeber richten, das sich im Börsenkurs des Energiepapiers widerspiegeln soll.<sup>3)</sup>

Diesem weitreichenden Regulationssystem stehen einige Bedenken entgegen.

Die Kosten der Regulations können ein beträchtliches Ausmaß annehmen. Die Kommissionen müssen, um effektiv zu sein, genügend Mitarbeiter haben; es sind Gutachten von neutralen Sachverständigen, Statistiken und sonstige Untersuchungen über die Verhältnisse im Erzeugungs- und Verteilungsbereich notwendig, um zu sinnvollen Entscheidungen zu kommen.

Die Kommissionen übernehmen bedeutende unternehmerische Entscheidungen, ohne allerdings auch das daraus resultierende unternehmerische Risiko mitzutragen. Dieser starke Einfluß der Kommissionen engt den Spielraum für Initiativen der EVU sehr ein.<sup>4)</sup> Den Unternehmensleitungen bleibt nur wenig Gelegenheit zu selbstverantwortlichen Entscheidungen. Da staatliche Kommissionen dazu neigen, ihre Entscheidungen ohne Experimente zu fällen, also vornehmlich das Wohlerprobte zur Entscheidungsgrundlage zu machen, kann die Beschränkung der unternehmerischen Initiative die Realisierung des technischen Fortschritts verlangsamen.<sup>5)</sup> Es gibt für ein Unternehmen keinen Anreiz, die Erzeugungskosten zu senken und den Kapitaldienst

---

1) Mahlert-Schneider, S. 25.

2) Mahlert-Schneider, S. 34 ff..

3) Mahlert-Schneider, S. 51; I. Schmidt, WuW 1967/786.

4) Phillips jr., The Economics of Regulation, Homewood/III, 1965, p. 391, zitiert nach I. Schmidt, WuW 1967/790.

5) I. Schmidt, WuW 1967/791.

besonders niedrig zu halten, da jeder Kostenvorsprung an die Abnehmer unmittelbar weiterzugeben ist. Wenn aber das Unternehmen bzw. die Anteilseigner nicht auch an diesen Fortschritten in Form höherer Gewinne teilhaben können, werden sie auf Dauer ihr Interesse daran verlieren.

Die Orientierung an den Kosten des einzelnen Unternehmens sagt über die Preisgünstigkeit der Versorgung ebensowenig aus wie ein bestimmter, allgemein gebilligter Ertragssatz auf das Kapital des Unternehmens. Eine wirklich optimale Versorgung wird nur erzielt, wenn die Kosten des billigsten Anbieters Maßstab für alle Anbieter werden. Diese Art des Vergleichswettbewerbs wird in den USA nur zögernd für die Höhe eines "fairen" Zinssatzes und bei der Ermittlung der überhöhten Kosten angewandt. Bei den im Rahmen der Preisbildung nicht anerkannten Kosten handelt es sich fast immer um Sonderaufwendungen wie Pensionsrückstellungen oder Zahlungen an Konzernunternehmen. Wirksam werden kann ein solcher Vergleich aber nur, wenn er an sämtliche Kosten anknüpft, insbesondere an die unmittelbaren Erzeugungs- und Verteilungskosten, und damit die Wettbewerber zwingt, ihre Preise an den jeweils niedrigsten Kosten zu orientieren. Die Rendite eines EVU kann unterdurchschnittlich sein; das bedeutet nicht gleichzeitig auch, daß die Preise niedrig sind. Ist nämlich viel Eigenkapital unrentabel investiert, so erfordert selbst ein niedriger Ertragssatz Preise, die in einer Wettbewerbsordnung nicht hätten durchgesetzt werden können.

Auf ein weiteres Bedenken weist P h i l l i p s hin.<sup>1)</sup> Je länger die Vertreter der Kommissionen in ihrem Amt sind, umso mehr wandeln sie sich von Kontrolleuren in Interessenvertreter der ihrer Kontrolle Unterworfenen. Die daraus resultierende, oft nur mit leichter Hand ausgeübte Kontrolle läßt den EVU im Wirtschaftsalltag so viel Spielraum, daß sie trotz der scharfen Eingriffs- und Kontrollbefugnisse noch genügend große Gewinne erzielen konnten. Diese Gewinne erlauben den EVU zwar nicht übermäßig hohe, aber doch sehr regelmäßige Dividen-

---

1) Phillips, The Economics of Regulation, p. 732.

denzahlungen, deretwegen Aktien von Versorgungsunternehmen sehr geschätzt sind. Immerhin zahlen viele Unternehmen seit mehr als 25 Jahren ununterbrochen Dividenden. <sup>1)</sup>

Die Schwächen der Regulations gegenüber einem Wettbewerbs-system hat W i l c o x wie folgt zusammengefaßt <sup>2)</sup>:

"Taking the place of competition as the method of control, regulation should be expected to yield comparable results. It should not only prevent the regulated industry from charging a monopoly price, impairing the quality of its service, and enjoying a monopoly profit. It should provide an incentive to adopt new methods, to improve quality, to increase efficiency and cut costs, to develop mass markets and expend output by selling at a lower price. It does none of these things.

Regulation, at best, is a pallid substitute for competition. It cannot prescribe quality, force efficiency, or require innovation, because such would invade the sphere of management. But when it leaves these matters to the discretion of industry, it denies consumers the protection that competition would afford. Regulation cannot set prices below an industry's costs however excessive they may be. Competition does so, and the high-cost company is compelled to discover means whereby its costs can be reduced. Regulation does not enlarge consumption by setting prices at the lowest level consistent with a fair return. Competition has this effect. Regulation fails to encourage performance in the public interest by offering rewards and penalties. Competition offers both."

Als Fazit bleibt festzuhalten: Ein staatliches Reglementierungssystem hat immer Nachteile gegenüber einem freien Wettbewerb. Da im Wettbewerb nicht zuletzt der Eigennutz der Wettbewerber angesprochen wird, kann der Wettbewerb Kräfte mobilisieren, die sonst brachliegen. Gerade die wichtigen Fragen der optimalen Effizienz und des technischen Fortschritts werden nirgendwo besser beantwortet als in einem Wettbewerbssystem. <sup>3)</sup> Wettbewerb ist daher, soweit er möglich ist, jedem anderen Ordnungsprinzip vorzuziehen. In den Bereichen aber, wo der Wettbewerb nicht funktionsfähig ist, müssen andere Ordnungsprinzipien, auch solche nach dem Vorbild des amerikanischen Regulation-System, eingreifen.

---

1) Mahlert-Schneider, S. 74.

2) Wilcox, Clair Public Policies Toward Business, 3rd ed., Homewood/III. 1966, p. 476, zitiert nach I. Schmidt, WuW 1967/795.

3) I. Schmidt, WuW 1967/792 ff.; Bullinger, VVDStRL 22/309 ff..

d) Die Ordnung durch nach dem Regel-Ausnahme-System  
abgestufte Eingriffe

Nach der Untersuchung der Möglichkeiten des Wettbewerbs in der Elektrizitätswirtschaft ist nun auf das Regel-Ausnahme-System zurückzugreifen, um danach die Eingriffe zu bestimmen, die einen Marktmißbrauch in der Elektrizitätswirtschaft verhindern sollen.

Die Regelordnung des Wettbewerbs ist soweit wie möglich wegen der mit dem Wettbewerb verbundenen Vorteile zu realisieren. Der Wettbewerb ist nach § 103 GWB durch Absprachen beschränkt, die sich nicht aus den strukturellen Besonderheiten ergeben. Solange diese Wettbewerbsbeschränkungen zulässig sind, muß der in anderen Bereichen mögliche Wettbewerb die Ordnungsfunktion übernehmen. Vor allem Eigenanlagen verhindern in Teilbereichen der Nachfragekurve nach Strom mißbräuchliche Preisbildung der EVU. Darüber hinaus müssen die Eingriffe der Kartellbehörde dazu dienen, die EVU zu einem wettbewerbskonformen Verhalten anzuhalten.

Folgende Ausnahmefälle können aber nicht ausschließlich durch das Regelsystem des Wettbewerbs geordnet werden.

In den monopolistischen Bereichen der Nachfragefunktion, von denen insbesondere kleinere Abnehmer betroffen sind, muß ein Korrektiv eingreifen, um eine sichere und vor allem billige Versorgung zu garantieren. Da wirtschaftliche Überlegungen ein zweites Leitungsnetz für jeden Abnehmer ausschließen, kann in diesem Bereich der Wettbewerb das unternehmerische Verhalten nicht ausreichend kontrollieren. Um hier Mißbräuche der EVU zu verhindern, kann der Gedanke der "countervailing power" von J.K. G a l b r a i t h herangezogen werden. Ein gleich mächtiger Verhandlungspartner muß die Interessen der schutzbedürftigen Abnehmer wahren.<sup>1)</sup> Diese Aufgabe hat die Preisbehörde als Fachaufsichtsbehörde zu übernehmen.<sup>2)</sup>

---

1) Das ist auch der Sinn der Regulations. Vgl. I. Schmidt, WuW 1967/78o.

2) Stein, Wirtschaftsaufsicht, S. 10.

Diesen Ansatzpunkt wählt auch B a l l e r s t e d t .<sup>1)</sup> Die Energieaufsichtsbehörde habe die Interessen derjenigen zu wahren, die von der Energieversorgung abhängig seien. Ballerstedt geht von dem Begriff "Öffentlichkeit" aus, den er dreifach differenziert:

- (1) im Sinne einer unbestimmten Vielzahl von einzelnen,
- (2) im Sinne von offener Gemeinschaft, wobei unter diese Gruppe alle diejenigen fallen, die durch ein gleichgerichtetes Interesse an einem bestimmten Vorgang, z.B. der Energieversorgung, als miteinander verbunden behandelt werden können,
- (3) im Sinne von Gesamtheit der Glieder eines hoheitlichen Verbandes.

Die Aufsichtsbehörde habe gleichsam als Treuhänder eine offene Gemeinschaft zu vertreten, die als solche nicht handlungsfähig sei. Mit Hilfe ihrer staatlichen Autorität und aufgrund ihrer Eingriffsbefugnisse könne sie die überwiegende wirtschaftliche Macht der EVU neutralisieren und eine interessengerechte Preisbildung ermöglichen.<sup>2)</sup> Mit Hilfe ihrer Rechte aus dem PreisG könne die Aufsichtsbehörde den gefundenen Preis gegen den Willen der Beteiligten, d.h. insbesondere gegen den Willen der EVU festsetzen.<sup>3)</sup>

Dieser interessengerechte Preis braucht sich nicht zwingend an den Kosten des einzelnen EVU zu orientieren. Wäre das der Fall, so wären die Verbraucher nur scheinbar geschützt. Der Willkür der EVU bei der Festsetzung der Kosten wären keine Grenzen gesetzt. Der Preis muß sich an einem Marktpreis orientieren, selbst wenn dieser nur fiktiv wäre oder nur durch einen Vergleich mit den Preisen anderer EVU ermittelt werden kann. Davon geht auch das EnWG aus.<sup>4)</sup> Nur wenn die Aufsichts-

---

1) In: VEnergR 1/2, S. 15 ff., S. 19.

2) Begründung zum EnWG, abgedruckt bei Eiser-Riederer-Sieder I, S. 15.

3) Zu einer effektiven Interessenvertretung reicht eine reine Preisüberwachung, wie Schönauer, Marktprozesse, S. 67, sie vorschlägt, nicht aus.

4) Begründung zum EnWG, abgedruckt bei Eiser-Riederer-Sieder I, S. 16.

behörde von Marktpreisen ausgehen kann, die unter Umständen unter den Kosten einzelner EVU liegen, können solche EVU in die Gefahr geraten, nach § 8 EnWG abgemeiert zu werden. Anderenfalls könnten sie ja, wenn auch zu höheren als den allgemeinen Preisen, zu ihren Kostenpreisen die Versorgungspflichten durchaus erfüllen. <sup>1)</sup>

Eine Preisaufsicht ist also notwendig, wenn die optimale Versorgung mit Strom für alle Abnehmergruppen gewährleistet sein soll. Alle Unzulänglichkeiten einer solchen Aufsicht müssen in Kauf genommen werden, da als Alternative nur eine monopolistische Preissetzung ohne sonstige Kontrolle bleibt. <sup>2)</sup> Das Wettbewerbssystem als Grundregel bedarf in diesem Bereich eines Korrektivs, das in der Preiskontrolle durch die Aufsichtsbehörden gefunden worden ist. <sup>3)</sup> Hinzu kommt der Anschluß- und Versorgungszwang nach § 6 Abs. 1 EnWG, der dafür sorgt, daß auch Abnehmer mit ungünstigen Anschlußverhältnissen beliefert werden.

Wenn die Abnehmer schon nicht zwischen alternativen Angeboten wählen können, so sind sie in der Preisfestsetzung nicht dem EVU ausgeliefert, sondern wissen ihre Interessen durch eine Instanz gewahrt, die ihrerseits zumindest einer politischen Kontrolle unterworfen ist.

Wegen der Unwirtschaftlichkeit zweier Leitungssysteme vor allem für kleinere Abnehmer ist die Gefahr für ein EVU gering, vollkommen aus dem Markt gedrängt zu werden, selbst wenn es seine Versorgungsleistungen nur schlecht erfüllt. Hinzu kommt

---

1) Vgl. dazu Rupp, NJW 1968/571 ff.. Rupp sieht zwar richtig die strukturelle Verschiedenheit von GWB und EnWG, verkennt aber, daß beide dem gleichen Ziele zustreben. Der von ihm befürchtete rechtsstaatliche Wildwuchs von markt- und zentralwirtschaftlichen Elementen erweist sich als ein wohlgeordneter Garten, wenn die Wege, die zur Zielerreichung beschritten werden sollen, in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen. Zentralwirtschaftliche Elemente sind nur zulässig, aber dann auch notwendig, wenn die freiheitliche Wettbewerbsordnung ihrer Ordnungsaufgabe nicht gerecht werden kann.

2) Darge-Melchinger-Rumpf, I. Teil, S. 16.

3) Zur Preiskontrolle vgl. Galbraith, Industriegesellschaft, S. 284/85.

daß ein EVU seine Marktposition zur Zeit noch durch Demarkations- und Konzessionsabsprachen absichern kann.

Handelte es sich nur um Gewinn oder Verlust eines privatwirtschaftlichen Unternehmens, so hätte diese Risikominderung keine besondere Bedeutung. Die EVU haben aber eine Versorgungsaufgabe übernommen, die bei dem heutigen Lebensstandard so gut wie eben möglich erfüllt werden muß. Von einer preisgünstigen Energieversorgung können starke Impulse für die wirtschaftliche Entwicklung eines Gebiets ausgehen. Ist der Strom hingegen zu teuer, so können dadurch einmal industrielle Abnehmer abgeschreckt werden, die die Ansiedlung in diesem Gebiet beabsichtigt hatten. Zum anderen werden die Verbraucher zögern, weitere Elektrogeräte in Betrieb zu nehmen und dadurch sowohl die Expansion der Stromerzeugung wie die der Elektrogeräteindustrie verlangsamen. Diese umfassende Bindung erlaubt es nicht, den privatwirtschaftlichen Konkurs eines EVU abzuwarten, der sich aufgrund der besonderen Abnehmerstruktur lange hinauszögern kann. Kann ein EVU den allgemeinen Versorgungsstandard nicht halten, d.h. liegen seine Letztabnehmerpreise ungerechtfertigt hoch über denen vergleichbarer EVU, und ist eine Änderung nicht abzusehen, so muß es aus dem Kreis der Versorgungsunternehmen ausscheiden. Da mit der Abmeierung eines EVU die Versorgung der bisherigen Kunden nicht ohne weiteres durch einen neuen Anbieter gewährleistet ist, sieht § 8 EnWG gleichzeitig die Möglichkeit vor, ein anderes EVU in die Versorgungspflichten des abgemeierten einzuweisen, selbst gegen seinen Willen. Durch diese Regelung kann die Preisgünstigkeit und Sicherheit der Stromversorgung dauerhaft gewahrt werden, vor allem auch deshalb, weil die Abmeierungsgefahr die EVU zu einer wettbewerbsgerechten Leistung anhält. <sup>1)</sup>

Einer letzten strukturellen Besonderheit muß durch § 4 EnWG Rechnung getragen werden, der eine Investitionskontrolle vorsieht. Die Gefahr von Fehlinvestitionen im Bereich des Leitungsnetzes ist bei doppelten Netzen zwar gegeben, wird aber vielfach überschätzt, denn auch die EVU planen nach Rentabili-

---

1) Schönauer, Marktprozesse, S. 87 ff..

tätskriterien. Andere Industriezweige bleiben trotz Fehlinvestitionen, zu deren Verhinderung sich niemand aufgerufen fühlt, leistungsfähig. Auch die in diesem Zusammenhang oft geäußerte Befürchtung, ohne wettbewerbsbeschränkende "Vereinbarungen träte einer Vielzahl von Nachfragern eine Vielzahl von Anbietern gegenüber, so daß innerhalb eines Gebietes mehrere Leitungssysteme den Wettbewerb um den einzelnen Verbraucher aufnehmen würden" <sup>1)</sup>, ist eine unzulässige Verallgemeinerung und unterstellt den EVU, sie würden Kunden um jeden Preis werben, ohne die geringste Rücksicht auf ökonomische Zweckmäßigkeiten. Wenn wettbewerbsbeschränkende Abreden verboten würden, hätte das sicher nicht überall doppelte Leitungsnetze zur Folge, sondern durch die Gefahr, einzelne lukrative Kunden oder Gebiete zu verlieren, würde jedes EVU zu höchsten Anstrengungen gezwungen.

Trotzdem ist die Gefahr nicht ganz von der Hand zu weisen, daß einzelbetrieblich sinnvoll erscheinende Leitungsplanungen volkswirtschaftlich unsinnig sind. So ein Fall läge etwa vor, wenn sich mehrere EVU nur um Ballungsgebiete bemühten, in denen es dann wegen des Überangebots an Strom zu einer ruinösen Konkurrenz kommen könnte. Hier können Beschränkungen im Leitungsbau die EVU dazu veranlassen, für ihre überschüssigen Kapazitäten Abnehmer in den ländlichen Gebieten zu suchen. Auf diese Weise würde auch deren Versorgung verbessert.

Durch einen Eingriff nach § 4 EnWG wird der Wettbewerb hoheitlich beschränkt. Eine derartige Wettbewerbsbeschränkung sollte Ausnahme bleiben und nur angeordnet werden, wenn anderenfalls die sichere und billige Energieversorgung gefährdet wird. Wegen der Bedeutung der Energieversorgung muß ein Eingriff nach Art des § 4 EnWG aber möglich sein. Daraus folgt, daß auch die Anzeigepflichten aus § 4 EnWG und die Informationsrechte aus § 3 EnWG gerechtfertigt sind, denn ohne diese Daten ist eine Überwachung der Investitionen nicht durchführbar.

Es bleibt darauf hinzuweisen, daß alle diese Besonderheiten nur das Leitungsnetz betreffen. Soweit auch der Erzeugungsbereich unter eine Ausnahmeregelung im GWB fällt, wird das nicht zwingend von der Struktur der Elektrizitätswirtschaft gefördert.

---

1) Schelberger im Gemeinschaftskommentar, § 103/3.

Aus der Sicht dieses Ergebnisses heraus muß auch beurteilt werden, ob und inwieweit die Genehmigung nach § 5 Abs. 1 EnWG auf die vertraglichen Marktabgrenzungen zwischen den EVU Rücksicht zu nehmen hat. § 5 EnWG, der die Aufnahme der Versorgung Dritter, also den Schritt auf den Markt, von der Genehmigung des Landeswirtschaftsministers <sup>1)</sup> abhängig macht, soll

- (1) die Schwächung der bestehenden EVU verhindern,
- (2) unnötige Doppelinvestitionen vermeiden und
- (3) unzuverlässige und leistungsschwache Unternehmen fernhalten. <sup>2)</sup>

Wenn ein Unternehmen neugeschaffenen Bedarf befriedigen will, wird weder das in diesem Gebiet versorgende Unternehmen geschwächt noch fallen Doppelinvestitionen an. Die Genehmigung muß daher erteilt werden. Erst wenn ein Überangebot an Strom besteht, das eine ruinöse Konkurrenz befürchten läßt, kann es sinnvoll sein, daß der Staat angebotsregulierend mit Hilfe von § 5 Abs. 1 EnWG eingreift, um die Sicherung der Versorgung zu gewährleisten.

Die Genehmigung nach § 5 Abs. 1 EnWG hat also eine völlig andere Aufgabe als die kleinliche Sicherung der Absatzgebiete zugunsten der EVU einschließlich aller sich ergebenden Chancen. Vertragliche Marktabgrenzungen zwischen EVU können daher niemals Grund für eine Versagung der Genehmigung sein. <sup>3)</sup>

V. Die Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörde in der  
=====

Elektrizitätswirtschaft

=====

Nachdem die Aufgaben und Möglichkeiten des mit dem GWB institutionalisierten Wettbewerbs in der Elektrizitätswirtschaft

---

1) Eiser-Riederer-Sieder I, S. 149 a.

2) Eiser-Riederer-Sieder I, S. 50 ff..

3) Fonk, EltW 1958/476.

aufgezeigt worden sind, bleiben noch die konkreten Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörde zu erörtern, die dazu dienen, den Wettbewerb bei der Erfüllung seiner Ordnungsaufgaben zu unterstützen.

a) Die Eingriffsmöglichkeiten nach § 104 GWB

1. Die Beschränkung auf die Tatbestände des § 103 Abs. 1 GWB

Um eine unzulässige Ausnutzung der aufgrund der privilegierten Tatbestände erlangten Marktstellung zu vermeiden, ist die Elektrizitätswirtschaft in § 104 GWB einer zusätzlichen Mißbrauchsaufsicht unterworfen. Dieser Aufsicht sind jedoch enge Grenzen gesetzt. Nach dem Wortlaut des § 104 GWB bezieht sich diese Aufsicht nur auf die in § 103 Abs. 1 GWB freigestellten Abreden. <sup>1)</sup> Ansatzpunkt für die Eingriffe nach § 104 GWB kann sowohl der Vertrag selbst als auch die Durchführung des Vertrages sein. <sup>2)</sup> Maßnahmen nach § 104 GWB werden aber sofort hinfällig, wenn der Adressat auf die Freistellung nach § 103 Abs. 1 GWB verzichtet, auch wenn dadurch der Mißbrauch selbst keineswegs abgestellt ist.

2. Die Eingriffsvoraussetzungen des § 104 GWB

Es muß ein "Mißbrauch der durch die Freistellung erlangten Stellung im Markt" vorliegen. Problematisch ist die Bestimmung des Mißbrauchs. In der Literatur ist teilweise davon ausgegangen worden, daß der Mißbrauchsbegriff des § 104 GWB an energiewirtschaftliche Maßstäbe angepaßt werden müßte. <sup>3)</sup> Dagegen wendet sich L a n z e n b e r g e r . <sup>4)</sup> Besonderheiten gäbe es in jedem Wirtschaftszweig, das rechtfertigte nicht einen jeweils modifizierten Mißbrauchsbegriff.

---

1) Fonk, EltW 1958/349; Schüler-Springorum, EltW 1959/206; Gieseke, GWF 1958/723; Kreis, BB 1966/565.

2) Niederleithinger, VEnergR 18/19, S. 222.

3) Eiser-Riederer-Sieder II, S. 72; Schüler-Springorum, EltW 1959/205; Schelberger im Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., § 104/6; Ludwig, Der Städtetag 1966/261.

4) In: GWF 1959/793.

Um den Mißbrauch näher bestimmen zu können, muß zwischen dem Vertrag als solchem und der Durchführung dieses Vertrages unterschieden werden.

(1) Ein Vertrag als solcher ist dann mißbräuchlich, wenn die beabsichtigte Freistellung sich nicht mehr mit dem vom Gesetz vorgesehenen Freistellungszweck deckt. <sup>1)</sup>

Die Freistellungstatbestände des § 103 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 GWB dienen der möglichst wirtschaftlichen Versorgung. <sup>2)</sup> Durch die Wettbewerbsbeschränkungen sollte die Versorgung möglichst rationalisiert werden. <sup>3)</sup> Eine Rationalisierung muß aber immer einen Vorteil für alle Beteiligten mit sich bringen, also auch für die Verbraucher. <sup>4)</sup> Führen Absprachen nach § 103 GWB einzig zu Vorteilen für die EVU, können z.B. alte unrentable Anlagen weiter genutzt werden, weil der einzig mögliche Konkurrent einer Demarkation zugestimmt hat, so ist bereits der an sich freigestellte Vertragstyp vom Freistellungszweck nicht mehr gedeckt und daher mißbräuchlich. <sup>5)</sup>

(2) Soll die Durchführung des Vertrages als mißbräuchlich angesehen werden, so müssen konkrete Vorstellungen darüber bestehen, was als Mißbrauch angesehen werden soll. Zwar besteht überwiegend Einigkeit darüber, daß der Mißbrauch nur objektiv vorzuliegen braucht und nicht auch subjektiv vorwerfbar sein muß <sup>6)</sup>, damit ist aber der Begriff "Mißbrauch" keineswegs genügend bestimmt. Die Entscheidung, ob ein Mißbrauch vorliegt, ist immer von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Eine allgemeine Definition hilft nur selten weiter, da sie in der Regel zu weit sein wird. <sup>7)</sup> Daher ist es besser, ganz bestimmte,

---

1) BGH-Beschluß vom 27.11.1964, WuW/E BGH 655 (WuW 1965/517).

2) Begründung, Teil C, zu § 77, Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1126.

3) Reimann, WRP 1967/155.

4) BKA-Beschluß vom 31.3.1966, BB 1966/635.

5) Niederleithinger, VEnergR 18/19, S. 226.

6) Niederleithinger, VEnergR 18/19, S. 223 mwN; anderer Ansicht nur Gieseke, GWF 1968/724.

7) Niederleithinger, VEnergR 18/19, S. 224 ff..

als mißbräuchlich angesehene Tatbestände herauszugreifen und zu katalogisieren. Dieser Weg wurde mit der Entschließung der Kartellreferenten vom 10./11.6.1965 erstmals beschritten. Anhand dieser Tatbestände läßt sich eine Aufsicht erheblich wirkungsvoller gestalten, als wenn jeweils darüber diskutiert werden müßte, ob das Verhalten im zu entscheidenden Fall unter den Begriff Mißbrauch subsumiert werden kann.

### 3. Die Maßnahmen nach § 104 Abs. 2 GWB

Liegt nach diesen Voraussetzungen ein Mißbrauch vor, so kann die Kartellbehörde diesen Mißbrauch beanstanden, eine Änderung der Verträge fordern oder die Verträge selbst für unwirksam erklären, § 104 Abs. 2 GWB. Die Eingriffe selbst müssen sich nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit der staatlichen Mittel richten. Reicht bereits ein Eingriff nach § 104 Abs. 2 Ziff. 1 GWB aus, so sind schärfere Eingriffe unzulässig.<sup>1)</sup> Soweit die Eingriffe nach § 104 Abs. 2 Ziff. 3 auf eine Beseitigung der wettbewerbsbeschränkenden Verträge nach § 103 Abs. 1 GWB zielen, verbindet sich damit die Hoffnung, daß ein weiterer Mißbrauch durch den dann wieder offenstehenden Wettbewerb verhindert wird. Die grundsätzliche Ordnungsfunktion des Wettbewerbs wird damit auch für die Elektrizitätswirtschaft anerkannt.

### 4. Die praktische Bedeutung des § 104 GWB in der Elektrizitätswirtschaft

#### 41. Die Frage der Grenzmengenabkommen

Die Mißbrauchsaufsicht über den Vertrag als solchen hat keine große Bedeutung, da einem betroffenen EVU kaum nachzuweisen ist, daß dieser Vertrag nicht einer weiteren Rationa-

---

1) Dörinkel im Gemeinschaftskommentar, § 12/20; Rauschenbach, Kartelle und Monopole, Bd. 2, S. 770.

lisierung dient. <sup>1)</sup>

Der Vertrag könnte aber dann mißbräuchlich sein, wenn er die vertikale Aufteilung eines Versorgungsgebietes, ein sogenanntes Grenzmengenabkommen, enthält. Grenzmengenabkommen setzen sich aus zwei Komponenten zusammen. <sup>2)</sup> Einmal wird einem Zuliefer-EVU erlaubt, bestimmte Großabnehmer im Gebiet des weiterverteilenden EVU zu beliefern. Da § 103 GWB die EVU nicht verpflichtet, die Versorgungsgebiete hermetisch voneinander abzuschließen, ist eine solche Absprache möglich. Zum anderen wird das weiterverteilende EVU von der Versorgung der vorbehaltenen Abnehmergruppen ausgeschlossen. Da § 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB nur von "einer" statt von "der" öffentlichen Versorgung spricht, wird dieser Versorgungsausschluß durchweg für zulässig gehalten. <sup>3)</sup> Nur Scheiberger <sup>4)</sup>, Immenga <sup>5)</sup> und im Ergebnis auch Niederleithinger <sup>6)</sup> sind gegenteiliger Ansicht.

Entscheidend muß auch hier der Zweck der Freistellung des § 103 GWB sein. Mit Hilfe der Gebietsabsprachen soll eine Rationalisierung erreicht werden, die darauf beruht, daß nur ein Leitungsnetz in diesem Gebiet verlegt zu werden braucht und daß das Absatzgebiet mit verschiedenen Abnehmergruppen gut durchmischt ist. Da die Abnehmer meist nach Spannungsgruppen und Abnahmemengen dem Zuliefer-EVU zugewiesen sind, werden doppelte

---

1) Vgl. die wenigen zur Entscheidung gelangten Fälle: Verfügung und Einspruchsbescheid des Hessischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr vom 17.1. bzw. 18.4.1961, WuW/E LKartB 28 (WuW 1961/492) und 35 (WuW 1961/499). Einspruchsentscheidung des Ministeriums für Wirtschaft und Verkehr des Landes Rheinland-Pfalz vom 28.3.1962, WuW/E LKartB 56 (WuW 1962/850), ferner OLG Koblenz, Beschluß vom 21.6.1963, WuW/E OLG 612 (WuW 1964/266) und BGH, Beschluß vom 27.11.1964, WuW/E BGH 655 (WuW 1965/517).

2) Niederleithinger, VEnergR 18/19, S. 177.

3) Niederleithinger, VEnergR 18/19, S. 178.

5) In: Wettbewerbsbeschränkungen, S. 261.

4) Im Gemeinschaftskommentar, § 103/8.

6) Niederleithinger, VEnergR 18/19, S. 181 ff.. Mit der gleichen Begründung sind auch teilweise Gebietsversorgungsabsprachen nicht unter § 103 Abs. 1 Ziff. 2 GWB zu subsumieren. Vgl. Niederleithinger, VEnergR 18/19, S. 193 ff..

Leitungsnetze nicht notwendig sein. Aber die Absatzdurchmischung würde erheblich beeinträchtigt, wenn der Zulieferer die größten Abnehmer aus dem Versorgungsgebiet selbst belieferte. Dem weiterverteilenden EVU bleiben dann nur die kostengünstigen Tarifabnehmer zur Versorgung. Daraus folgt weiter, daß wegen der Belastungsspitzen durch die Tarifabnehmer in den Mittags- und Abendstunden große Versorgungskapazitäten vorgehalten werden müßten, die in der übrigen Zeit nur wenig ausgenutzt würden. Solange nicht bewiesen ist, daß gerade Grenzmengenabkommen für die beteiligten EVU wirtschaftlicher sind und daher der Rationalisierung dienen, widersprechen sie dem Freistellungszweck und fallen nicht unter § 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB. Gegen Grenzmengenabkommen kann die Kartellbehörde daher nach § 104 GWB vorgehen.

Grenzmengenabkommen stellen nur dann keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar, wenn der Abnehmer die Wahl zwischen dem Verteiler- und dem Liefer-EVU hat. <sup>1)</sup>

#### 42. Mißbrauch bei der Vertragsausübung

Wichtigster Ansatzpunkt für Eingriffe wegen mißbräuchlicher Vertragsausübung sind unterschiedliche Preise für gleiche Versorgungsleistungen. Mißbräuchlich sind höhere Preise immer dann, wenn sich das EVU nicht auf strukturbedingte, höhere Kosten berufen kann. <sup>2)</sup> Dabei richtet sich die Beurteilung nicht nach der jeweiligen Kostensituation, sondern nach einem Marktpreis <sup>3)</sup>, der aus Vergleichen mit anderen EVU gewonnen wird. Im Mißbrauchsverfahren kann das EVU dann darlegen, welche technischen oder strukturellen Besonderheiten jeden Anbieter in diesem Gebiet zu gleich hohen Kosten zwingen würden.

Ähnliches läßt sich auch für unterschiedliche Konditionen sagen. <sup>4)</sup> So ist es mißbräuchlich, wenn ein EVU seine Tarife

---

1) BKA-Tätigkeitsbericht 1960, S. 38.

2) BKA-Tätigkeitsbericht 1962, S. 68/69.

3) Kreis, BB 1966/565.

4) Dörinkel im Gemeinschaftskommentar, § 103/12; auch WuW/E BGH 225 (WuW 1958/549) "Allgemeine Stromversorgungsbedingungen".

nicht nach der Abnahmemenge staffelt. Mit wachsender Abnahmemenge muß also der Arbeitspreis relativ sinken, wenn auch der Grundpreis erhöht werden darf. <sup>1)</sup>

Als Mißbrauch der durch die Freistellung erlangten Marktmacht müssen ferner alle jene Fälle angesehen werden, in denen sich die EVU Vorteile zu verschaffen suchen, die ihnen im freien Wettbewerb nicht offenstehen würden. So ist es z.B. mißbräuchlich, wenn ein Abnehmer durch eine Stromsperre dazu gezwungen werden soll, einen Leitungsmasten auf seinem Grundstück zu dulden. <sup>2)</sup>

Derartig typisierte Tatbestände erleichtern Eingriffe der Kartellbehörde. Das läßt sich deutlich an den Auswirkungen zeigen, die der 1. Entschliebung der Kartellreferenten folgten (vgl. Tabelle 12). <sup>3)</sup>

Tab. 12: Verfahren nach § 104 iVm § 103 GWB vor dem BKA und den Landeskartellämtern von 1958 - 1967

| Jahr  | Anzahl der Verfahren vor |         |
|-------|--------------------------|---------|
|       | dem BKA                  | den LKA |
| 1958  | 1                        | 3       |
| 1959  | 4                        | 2       |
| 1960  | 3                        | 8       |
| 1961  | 1                        | 6       |
| 1962  | -                        | 7       |
| 1963  | 1                        | 10      |
| 1964  | 1                        | 15      |
| 1965  | 13                       | 40      |
| 1966  | 6                        | 165     |
| 1967  | 2                        | 58      |
| Summe | 32                       | 314     |

Quelle: Anhang zu den jeweiligen Tätigkeitsberichten des BKA von 1958 - 1967, Tabelle K

1) BKA-Tätigkeitsbericht 1964, S. 50.

2) OLG Celle WuW/E OLG 332 (WuW 1960/332); ferner WuW/E LG/AG 172 (WuW 1961/350).

3) BKA-Tätigkeitsbericht 1966, S. 69;  
BKA-Tätigkeitsbericht 1967, S. 85.

Die Zahl der 1966 aufgrund dieser EntschlieÙung eingeleiteten Verfahren ist erheblich größer als die Zahl aller in den 7 vorherigen Jahren begonnenen Verfahren. Von den 314 vor Landeskartellbehörden anhängigen Verfahren wurden

176

Verfahren eingestellt, nachdem der Mißbrauch abgestellt war.<sup>1)</sup> Die eingestellten Verfahren führten in der Mehrzahl zu Preissenkungen. In keinem Fall war ein EVU gezwungen, deswegen seinen Versorgungsbetrieb einzustellen. Das spricht dafür, daß auch die niedrigeren Preise noch hoch genug waren, um den betroffenen EVU auskömmlichen Gewinn zu sichern.

Schreiten die Kartellbehörden auf dem Weg fort, bestimmte Mißbrauchstypen zu katalogisieren<sup>2)</sup>, so kann mit Hilfe der Aufsicht nach § 104 GWB immerhin erreicht werden, daß die EVU die durch § 103 GWB erlangte Marktstellung nicht zu Ungunsten der Abnehmer ausnutzen können. Zieht die Kartellbehörde zur Beurteilung noch die Ergebnisse anderer EVU zum Vergleich heran, so läßt sich auf diese Weise ein wettbewerbsähnlicher Zwang zur Preisgünstigkeit und zum technischen Fortschritt erreichen.

#### b) Die Eingriffsmöglichkeiten nach § 22 GWB

Neben § 104 GWB ist auch eine Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB möglich, denn die Verträge nach § 103 Abs. 1 GWB sind nur von der Anwendung der §§ 1/15/18 GWB ausgenommen. Fraglich ist jedoch, ob in der Elektrizitätswirtschaft für Maßnahmen nach § 22 GWB neben § 104 GWB noch Raum ist.

#### 1. Das Verhältnis von § 22 GWB zu § 104 in Verbindung mit § 103 Abs. 1 GWB

§ 22 GWB unterwirft Unternehmen, die marktbeherrschend sind<sup>3)</sup>, einer besonderen Aufsicht. Beherrscht ein Unternehmen einen

---

1) Tab. K des Anhangs zum Tätigkeitsbericht des BKA 1967, S. 212.

2) Vgl. die 2. EntschlieÙung der Kartellreferenten, BB 1967/1390.

3) Nach der Novelle zum GWB, über die im Sommer 1968 diskutiert wurde, sollen nicht nur marktbeherrschende, sondern auch marktmächtige Unternehmen unter § 22 GWB fallen.

Markt, so kann dadurch der Wettbewerb in ebenso starkem Maße eingeschränkt sein wie durch ein Kartell. Da diese Marktmacht aber durch Zusammenschlüsse oder firmeninterne Expansion gewachsen ist, wird die damit verbundene Wettbewerbsbeschränkung nicht von § 1 GWB erfaßt.

Die Eingriffsmöglichkeiten nach § 22 Abs. 4 GWB sehen keine Zerschlagung dieser Marktmacht vor. Sie wird als gegeben hingenommen. Ein Einschreiten der Kartellbehörde wird also nicht bereits durch die Marktmacht veranlaßt, sondern nur durch den Mißbrauch dieser wirtschaftlichen Stellung.<sup>1)</sup>

In der generellen Duldung der Marktmacht zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zu § 104 GWB. Nur bei einem Eingriff nach § 104 Abs. 2 Ziff. 1 GWB wird die Marktmacht respektiert; die Eingriffe nach § 104 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 GWB zielen auf die Beseitigung der mit den Verträgen nach § 103 Abs. 1 GWB verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen, um damit die Ordnungskraft des Wettbewerbs wieder wirksam werden zu lassen.<sup>2)</sup> Eingriffe nach § 22 GWB richten sich nicht gegen die Ursache des Mißbrauchs wie etwa die Marktbeherrschung, sondern nur gegen einzelne zu mißbilligende Ergebnisse dieser Marktstellung.<sup>3)</sup> Damit beabsichtigt § 22 GWB nicht die Wiederherstellung der Marktmachtkontrolle durch den Wettbewerb, sondern § 22 GWB soll diese Kontrolle selbst übernehmen. Die mit einem Wettbewerbsystem verbundene unternehmerische Freiheit zu Wachstum und Zusammenschlüssen soll erhalten bleiben. Nur wird eine Grenze für die unternehmerischen Verhaltensweisen aufgerichtet, die schädliche Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft wie auf die Entfaltung der persönlichen Freiheit der von einem Mißbrauch der Marktstellung Betroffenen verhindern soll.<sup>4)</sup> Die Eingriffsmöglichkeiten nach § 22 Abs. 4 GWB, mit denen auch marktbeherrschende Unternehmen zu einem wettbewerbskonformen Verhalten angehalten werden sollen, dienen also als Wettbe-

---

1) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, § 22/76; Rasch/Westrick, § 22/24.

2) Niederleithinger, VEnergR 18/19, S. 232.

3) Reimann, WRP 1967/159.

4) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, § 22/76.

werbssurrogat. <sup>1)</sup> Die Eingriffsbefugnisse der §§ 104 und 22 GWB wären demnach exakt wie folgt abzugrenzen:

(1) Beruht die Marktbeherrschung nicht auf Verträgen nach § 103 Abs. 1 GWB, so bietet nur § 22 GWB eine Ermächtigungsgrundlage für das Vorgehen gegen Mißbrauch. <sup>2)</sup>

(2) Folgt die marktbeherrschende Stellung aus den Verträgen nach § 103 Abs. 1 GWB, so sind zuerst die Möglichkeiten des § 104 Abs. 1 GWB auszuschöpfen. Sind die wettbewerbsbeschränkenden Verträge für unwirksam erklärt und reicht der dann mögliche Wettbewerb nicht aus, um einen Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung zu verhindern, so bleiben die Eingriffe nach § 22 Abs. 4 GWB möglich, um ein wettbewerbskonformes Verhalten zu erzwingen. <sup>3)</sup>

§ 22 GWB wäre für die meisten Mißbrauchsfälle in der Elektrizitätswirtschaft also nur subsidiär anwendbar. <sup>4)</sup>

Die praktische Bedeutung, die § 22 GWB für die Elektrizitätswirtschaft bisher erlangt hat, ist dementsprechend ziemlich gering. <sup>5)</sup> In den Tätigkeitsberichten des BKA sind nur wenige Fälle genannt, bei denen die Entscheidung auf § 22 GWB gestützt wurde.

So wurden die Voraussetzungen enger gefaßt, unter denen verschieden hohe Baukostenzuschüsse für den Stromanschluß zulässig sind, ohne daß ein Mißbrauch vorliegt. <sup>6)</sup> Ferner gaben Preisunterschiede zwischen dem Regional-EVU oder dem Vorlieferanten einerseits und dem letztversorgenden EVU andererseits Anlaß,

---

1) Langen, § 22/20 und 7; WuW/E BGH 593 (WuW 1964/659); davon geht auch Holzapfel, BB 1963/798 aus.

2) Das gilt vor allem dann, wenn die EVU auf die solidarische Zurückhaltung der anderen EVU vertrauen können und daher auf Verträge nach § 103 Abs. 1 GWB verzichten.

3) Wird damit die Versorgung immer noch nicht sicher gestellt, so müssen dirigistische Maßnahmen getroffen werden, für die die Ermächtigungsgrundlagen im EnWG zu finden sind. Versagt die Regelordnung Wettbewerb, so schlägt die Stunde der Ausnahmevorschrift EnWG.

4) Reimann, WRP 1967/159, Note 67.

5) Lanzenberger, GWF 1959/795; Gieseke, GWF 1968/719 ff..

6) BKA-Tätigkeitsbericht 1963, S. 65.

unter Hinweis auf § 22 GWB tätig zu werden. <sup>1)</sup> Eine Preiserhöhung, die nur Sonderabnehmer betraf, stand auch im Mittelpunkt eines weiteren Verfahrens. <sup>2)</sup> Die Preise sollten wieder gesenkt werden, sobald eine Erhöhung der Tarifpreise genehmigt würde. In der alleinigen Belastung einer Abnehmergruppe sollte der Mißbrauch liegen. In allen Verfahren wurde der Mißbrauch von den EVU abgestellt, ohne daß es zu einer Bußgeldverfügung gekommen wäre.

Die Aufsichtsbefugnisse nach § 104 iVm § 103 GWB werden mit denen nach § 22 GWB häufig konkurrieren. <sup>3)</sup> <sup>4)</sup> Das widerspricht nicht der theoretisch exakten Abgrenzung, nach der § 22 GWB erst eingreift, wenn die Möglichkeiten des § 104 Abs. 2 GWB wirkungslos ausgeschöpft sind. § 104 GWB knüpft einzig an die Freistellung des § 103 Abs. 1 GWB an. <sup>5)</sup> Da nun die Marktbeherrschung fast immer auf Verträgen nach § 103 GWB beruht oder zumindest durch solche Verträge abgesichert wird, werden häufig die Eingriffsvoraussetzungen für beide Tatbestände gleichzeitig gegeben sein. Diese enge Verbindung von Ausnahmetatbeständen und Marktbeherrschung macht es häufig unmöglich, einen Mißbrauch nur einem der beiden Tatbestände zuzuordnen. Ob die Marktbeherrschung als unabänderlich hingenommen und § 22 GWB angewandt wird oder ob eine Intensivierung des Wettbewerbs durch Maßnahmen nach § 104 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 GWB möglich ist, ist eine Frage des Einzelfalles.

## 2. Die Eingriffsvoraussetzungen nach § 22 GWB

Es müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Kartellbehörde aufgrund des § 22 GWB Sanktionen anordnen kann.

- 
- 1) BKA-Tätigkeitsbericht 1964, S. 50; BKA-Tätigkeitsbericht 1966, S. 70; BKA-Tätigkeitsbericht 1967, S. 85.
  - 2) BKA-Tätigkeitsbericht 1965, S. 61.
  - 3) Immenga, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 270; Fischerhof, BB 1958/138.
  - 4) Nach der Novelle zum GWB vom 3.1.1966 (BGBl. I, S. 37) sind die LKA auch für Maßnahmen nach § 22 GWB zuständig geworden, so daß sich keine Zuständigkeitsprobleme mehr ergeben.
  - 5) Schüler-Springroum, EltW 1959/206.

- (1) Es muß sich um ein Unternehmen handeln, § 22 Abs. 1 GWB.
- (2) Dieses Unternehmen muß für eine bestimmte Art von Waren oder Dienstleistungen marktbeherrschend sein, § 22 Abs. 1 GWB.
- (3) Das Unternehmen muß die marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzen, § 22 Abs. 3 GWB.

Diese Voraussetzungen sind für die EVU zu untersuchen.

#### 21. Die Eigenschaft "Unternehmen"

Das Erfordernis "Unternehmen" bereitet kaum Schwierigkeiten. Es wird wohl immer erfüllt sein. In der Elektrizitätswirtschaft sind die meisten Betriebe juristische Personen, die ohne weiteres unter den Begriff "Unternehmen" subsumiert werden können. Auch wenn die EVU als Eigen- oder Regiebetriebe geführt werden, sind sie soweit organisatorisch verselbständigt, daß sie als Unternehmen anzusehen sind. <sup>1)</sup>

#### 22. Die Marktbeherrschung durch die EVU

Ein Urteil über eine Marktbeherrschung bedingt die Bestimmung des relevanten Marktes. Der Markt ist räumlich, zeitlich und sachlich abzugrenzen. Von diesen drei Dimensionen sind die sachlichen Marktgrenzen nur sehr schwer zu bestimmen <sup>2)</sup>, gleichzeitig aber notwendig, weil ohne Kenntnis der zu einem Markt gehörenden Güter die zeitlichen und räumlichen Grenzen nicht ermittelt werden können. <sup>3)</sup>

Die sachliche Abgrenzung soll feststellen, inwieweit Güter funktionell austauschbar sind und dadurch miteinander in Wettbewerb stehen. <sup>4)</sup> Dabei ist es sinnlos, die Grenzen so eng zu

---

1) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, § 22/6 und Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 98/5. Ausführlich untersucht diese Frage Niederleithinger, VEnergR 18/19, S. 14 - 154. Er kommt durchweg zum gleichen Ergebnis; vgl. insbesondere S. 131 ff., S. 136.

2) Günther, Relevanter Markt, S. 19.

3) Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb, S. 53.

4) Günther, Relevanter Markt, S. 23.

ziehen, daß im Ergebnis nur Elementarmärkte betrachtet werden, weil dann die Substitutionskonkurrenz vernachlässigt wird. Andererseits kann auch nicht jede Substitutionsmöglichkeit die Marktgrenzen erweitern, weil es dann praktisch keine marktbeherrschenden Unternehmen gibt. <sup>1)</sup>

Die funktionelle Gleichartigkeit der Güter, die die Marktgrenzen bestimmt, ist aus der Sicht der Umworbenen zu bestimmen, weil es ihre Wahlentscheidungen sind, die den Ausschlag für Erfolg oder Mißerfolg eines Unternehmens geben. <sup>2)</sup> Das Urteil der Umworbenen wird vor allem durch die Verwendbarkeit des Gutes beeinflußt, die ihrerseits wieder auf der funktionalen Qualität des Gutes beruht. <sup>3)</sup> Hinzu kommen Präferenzen der Marktteilnehmer, die an einzelne ganz bestimmte Nebeneigenschaften des Gutes anknüpfen wie z.B. Bequemlichkeit, Leistung und Repräsentationseignung. <sup>4)</sup>

Im Bereich der Elektrizitätswirtschaft existiert kein anderes Gut, das den Strom in der Vielfalt seiner Verwendungsmöglichkeiten ersetzen könnte. Die vielfältigen Nutzungsmöglichkeiten des Stroms sind aus der Sicht des Abnehmers ein bestimmendes Qualitätsmerkmal. <sup>5)</sup> Gerade weil fast jeder Abnehmer sowohl Licht- als auch Wärme- und Arbeitsstrom nachfragt, handelt es sich nicht jeweils um eine andere "Art" Elektrizität <sup>6)</sup>, sondern um eine einheitliche Nachfrage nach dem Gut Elektrizität. Aus der Sicht der Abnehmer erreicht keine der anderen Energiequellen ein vergleichbares Maß an Ausnutzung und Bequemlichkeit. Darauf weisen auch die EVU in ihrer Werbung immer hin. Zwischen dem Energieträger Strom und anderen Energien besteht ein deutlicher Unterschied in der Wertschätzung

---

1) Günther, Relevanter Markt, S. 19.

2) Beckmann, Abgrenzung, S. 136.

3) Beckmann, Abgrenzung, S. 167/168.

4) Beckmann, Abgrenzung, S. 154.

5) Anderer Ansicht Buderath, Ordnungspolitik, S. 42, und Preisdifferenzierung, S. 13.

6) So aber Buderath, Preisdifferenzierung, S. 13 und Fischerhof, WuW 1959/329.

der Abnehmer, der es rechtfertigt, hier für die tatbestandsmäßige Erfassung der "Marktbeherrschung" im Rahmen des § 22 GWB die Grenzen des Marktes zu ziehen. Darüber hinaus gehende Wettbewerbsbeziehungen erlangen nur insoweit Bedeutung, als es darum geht, einen Mißbrauch der Marktstellung festzustellen.<sup>1)</sup>

Zeitlich und räumlich wird der Markt für Elektrizität durch das Leitungsnetz genau fixiert. Die Zahl der erreichbaren Abnehmer und die zeitlichen Beanspruchungsmöglichkeiten, die den Markt näher charakterisieren, sind bekannt. Damit ist auch der relevante Markt abgegrenzt, auf dem ein Unternehmen marktbeherrschend sein muß, damit § 22 GWB anwendbar ist.

Die EVU sind auf ihren Teilmärkten aufgrund der Verträge nach § 103 Abs. 1 GWB Alleinanbieter. Ihre Stellung könnte einzig durch Eigenanlagen gefährdet werden. Eigenanlagen sind aber nicht marktorientiert, da sie nicht die Versorgung Dritter zum Ziele haben.<sup>2)</sup> Da also mehrere Anbieter fehlen, ist ein EVU für eine "bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Dienstleistungen ohne Wettbewerber", also marktbeherrschend im Sinne von § 22 Abs. 1 GWB.<sup>3)</sup>

### 23. Der Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung

Letzte Eingriffsvoraussetzung ist ein Mißbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung. Eine abstrakte Definition des Mißbrauchs ist auch hier wenig sinnvoll, da sie sehr weit sein müßte, um alle denkbaren Fälle zu erfassen. Daher empfiehlt es sich wiederum, einige typische Fälle herauszugreifen, die als mißbräuchlich angesehen werden sollen. Dieser mit der Entschließung der Kartellreferenten vom 10./11.6.1965 erstmals beschrittene Weg müßte auch im Rahmen des § 22 GWB fortgesetzt werden. Eine solche Typisierung von Mißbrauchstatbeständen hätte für

---

1) Gieseke, GWF 1958/723.

2) Schüler-Springorum, EltW 1959/207.

3) Gieseke, GWF 1958/723; Malzer, Beiträge zum Energierecht, S. 272; Ballerstedt, VEnergR 5/13 ff.; Lanzenberger, GWF 1959/789; Rasch, Gutachten, S. 14; OLG Neustadt, BB 1958/933.

die EVU den Vorteil wachsender Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, selbst wenn es sich nicht um einen abschließenden Katalog handelt.

Anlaß für die Aufnahme eines Tatbestandes in den Katalog werden meist praktische Fälle sein, die dann verallgemeinert werden können.<sup>1)</sup> Da der Phantasie bei der Ausnutzung der Mark beherrschung keine Grenzen gesetzt sind, muß ein solcher Katalog ständig ergänzt werden können, wenn neue Arten des Mißbrauchs offenkundig werden.

Sind sämtliche Voraussetzungen gegeben, so kann die Kartellbehörde nach § 22 Abs. 4 GWB gegen EVU vorgehen.

#### c) Die Eingriffsmöglichkeiten nach § 18 GWB

§ 18 GWB wird durch die in § 103 Abs. 1 GWB genannten Vertragstypen ausgeschlossen. Daneben kann es jedoch Verträge geben, die gegen § 18 GWB verstoßen.

§ 18 GWB bezieht sich nur auf Austauschverträge. Von den dort genannten Vertragsklauseln können vor allem die Ausschließlichkeits- und die Vertriebsbindungen in der Elektrizitätswirtschaft vorkommen.

So kann ein Zuliefer-EVU ein weiterverteilendes EVU verpflichten, Strom ausschließlich von ihm zu beziehen. Damit würde der Zugang zu diesem Teilmarkt für andere Stromerzeuger beschränkt. Wenn die Beschränkung außerdem unbillig ist, könnte die Kartellbehörde den Vertrag nach § 18 GWB für unwirksam erklären. Ein solcher Fall dürfte allerdings kaum vorkommen, da die EVU über Demarkationsabsprachen ihre Versorgungsgebiete hinreichend sichern können. Umgekehrt kann vereinbart werden, daß das Zuliefer-EVU in diesem Gebiet einzig dieses eine weiterverteilende EVU beliefert. Dieser Fall wird aber bereits durch § 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB gedeckt, so daß ein Eingriff nach § 18 GWB ausgeschlossen ist.

---

1) Ursache für die 1. Entschließung der Kartellreferenten war der BGH-Beschluß "Zeitgleiche Summenmessung", WuW/E BGH 655 (WuW 1965/517).

Vertriebsbindungen können z.B. in Form von Grenzmengenabkommen geschlossen werden. <sup>1)</sup> Die kommunalen Verteil-EVU verpflichten sich, die Versorgung bestimmter Sonderabnehmer dem Zuliefer-EVU zu überlassen. Für die Sonderabnehmer wird die Wahl zwischen den beiden EVU unmöglich gemacht, insofern also ihr Zugang zum Markt beschränkt. <sup>2)</sup> Damit wird der Wettbewerb zwischen dem Zuliefer- und dem Verteil-EVU beschränkt <sup>3)</sup> so daß unter Berücksichtigung des § 18 Satz 2 die Eingriffsvoraussetzungen für solche Vertriebsbindungen gegeben sind. Die EVU können dieses Ergebnis auch mit Hilfe des § 103 Abs. 1 Satz 1 GWB nicht vermeiden, da Grenzmengenabkommen nicht der Rationalisierung dienen und daher von § 103 GWB nicht gedeckt werden. <sup>4)</sup>

Die Sanktionen bei einem Verstoß gegen Anordnungen nach § 18 GWB ergeben sich aus § 38 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 iVm Abs. 4 GWB.

Die praktische Bedeutung des § 18 GWB ist für die Elektrizitätswirtschaft ziemlich gering. Bisher ist noch kein Fall bekannt geworden, in dem die Kartellbehörde einen Vertrag nach § 18 GWB für unwirksam erklärt hat.

d) Die Eingriffsmöglichkeiten nach den §§ 1/15 GWB in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB

Neben den §§ 104, 22 und 18 GWB, nach denen die Kartellbehörde unmittelbar in die Vertragsbeziehungen mit einer Unwirksamkeitserklärung eingreifen kann, gibt es die §§ 1 und 15 GWB, die bereits selbst die Aussage enthalten, daß bestimmte Vertragstypen unwirksam bzw. nichtig sind. Die Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörde beschränken sich hier auf Bußgeldverfügungen nach § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB, um die Unternehmen zur Beachtung dieser Vorschriften anzuhalten.

---

1) Schelberger im Gemeinschaftskommentar, § 103/8.

2) Schwartz, im Nachtrag zur 2. Aufl. des Gemeinschaftskommentars, § 18/6.

3) Vgl. BKA-Tätigkeitsbericht 1960, S. 38.

4) Vgl. oben S. 135 ff..

Die in der Elektrizitätswirtschaft hauptsächlich vorkommenden Demarkations- und Konzessionsverträge sind von § 1 GWB durch § 103 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ausgenommen; durch § 103 Abs. 1 Ziff. 3 wird entgegen § 15 GWB eine vertikale Preisbindung erlaubt. Der verbleibende Anwendungsbereich wird dadurch sehr eingeschränkt.

§ 15 GWB wird nur dann relevant, wenn einem weiterverteilenden EVU von dem zuliefernden EVU verboten wird, vergleichbare Abnehmer zu niedrigeren Preisen oder günstigeren Bedingungen zu versorgen.<sup>1)</sup> Solche Fälle dürften nur sehr selten vorkommen, denn die EVU nützen die ihnen mögliche Preisspanne in der Regel voll aus. Das liegt vor allem daran, daß sie die Preise nur mit Zustimmung der Preisbehörde erhöhen können, also ihre Anpassungsbeweglichkeit nach oben gehemmt ist.

Unwirksam nach § 1 GWB können insbesondere Verträge und Beschlüsse sein, die den Wettbewerb mit anderen Energiearten beschränken. Dies wird in § 103 Abs. 2 GWB ausdrücklich noch einmal bestätigt. Auch Investitionsabsprachen etwa der Art, keine Atomkraftwerke zu bauen, bis die vorhandenen Anlagen voll abgeschrieben sind, beschränken den Wettbewerb. Ein nicht abgeschriebenes Werk, das stillgelegt werden muß, ist zwar für das betreffende Unternehmen ein Verlust, der volkswirtschaftliche Schaden wäre aber erheblich größer, wenn der Bau kostengünstigerer Werke verhindert würde. Auch spezifisch energiewirtschaftliche Gesichtspunkte verbieten also solche Wettbewerbsbeschränkungen. Quoten- oder Kapazitätsabsprachen können ebenso nach § 1 GWB unwirksam sein, wenn sie dazu dienen, das Angebot zu verknappten. Darf jedes EVU nur eine bestimmte Quote produzieren, so werden Preissenkungen durch "large scale economies" erschwert, die über einen Vergleichswettbewerb wieder Auswirkungen auf die anderen EVU hätten. Eine solche Aufteilung der Kapazität ist daher eine Wettbewerbsbeschränkung, die unter § 1 GWB fällt, also unwirksam ist.

---

1) Schelberger im Gemeinschaftskommentar, § 103/13.

§ 1 iVm § 38 GWB verhindert damit alle weiteren Wettbewerbsbeschränkungen neben den Ausnahmetatbeständen des § 1o3 Abs. 1 GWB.

e) Die Eingriffsmöglichkeiten nach § 26 Abs. 2 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Ziff. 8 GWB

1. Der Anwendungsbereich des § 26 Abs. 2 GWB

Da in § 1o3 Abs. 1 GWB nur begrenzte Ausnahmen geschaffen worden sind, ist § 26 Abs. 2 GWB auch auf die Elektrizitätswirtschaft anwendbar.<sup>1)</sup> Behindert ein EVU ein anderes Unternehmen unbillig oder behandelt es gleichartige Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich, so kann das betroffene Unternehmen nach § 35 Abs. 1 iVm § 26 Abs. 2 GWB Schadensersatz verlangen.<sup>2)</sup> Gleichzeitig begeht das EVU eine Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Ziff. 8 GWB und kann daher nach § 38 Abs. 4 GWB mit einem Bußgeld bedacht werden.<sup>3)</sup>

Eine Diskriminierung im Sinne des § 26 Abs. 2 GWB ist ausgeschlossen soweit die Tarife oder Versorgungsbedingungen verbindlich sind. Das trifft jedoch in erster Linie nur für Haushaltsabnehmer zu, die nicht von § 26 Abs. 2 GWB geschützt werden, da sie nicht unter die Voraussetzung "Unternehmen" subsumiert werden können.

Praktische Bedeutung kann § 26 Abs. 2 GWB nur im Bereich der Sonderabnehmerverträge bekommen. Hier sind vor allem die Unternehmen, die eine Eigenanlage betreiben, aber Reserve- oder Zusatzversorgung wünschen und ihren Anspruch auf § 26 Abs. 2 GWB stützen. Inwieweit sich ein solcher Anspruch, hinter dem dann die Sanktionen der Kartellbehörde stehen würden, aus § 26 Abs. 2 GWB herleiten läßt, ist streitig; denn die Reichweite des § 26 Abs. 2 GWB könnte in der Elektrizitätswirtschaft durch die 5. DVO zum EnWG<sup>4)</sup> beschränkt sein. In der 5. DVO

---

1) Schönauer, GWF 1958/4o2; Gieseke, GWF 1958/722; Malzer, Wege, Preis- und Kartellrecht, B IV 4, S. 9o ff.; Rasch, Gutachten, S. 7.

2) Rasch/Westrick, § 35/5.

3) Benisch im Gemeinschaftskommentar, § 26/59.

4) Vom 21.1o.194o (RGBl. I, S. 1391) abgedruckt bei Eiser-Riederer-Sieder I, S. 164 ff..

ist in den §§ 5 und 6 die Zumutbarkeit von Reserve- und Zusatzversorgung geregelt, in § 11 wird ein Anspruch auf besondere Konditionen ausgeschlossen.

Zu einer Überschneidung zwischen den §§ 5/6/11 der 5. DVO und § 26 Abs. 2 GWB würde es aber nur kommen, wenn Sonderabnehmer mit oder ohne Eigenanlage nach § 26 Abs. 2 GWB günstigere Preise und Bedingungen verlangen könnten als ihnen die §§ 5/6/11 der 5. DVO zubilligen. Dazu sind die Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 GWB zu prüfen.

## 2. Die Eingriffsvoraussetzungen des § 26 Abs. 2 GWB

### 21. Die Markbeherrschung

Ein EVU ist, wie bei der Untersuchung von § 22 GWB festgestellt wurde, in aller Regel marktbeherrschend.

### 22. Die Unternehmenseigenschaft

Bei den Betroffenen muß es sich um ein Unternehmen handeln. Diese Voraussetzung ist immer dann zu bejahen, wenn der Betroffene aktiv und selbständig am Wirtschaftsprozeß teilnimmt.<sup>1)</sup> Das trifft für Großabnehmer von Strom ebenfalls zu.

### 23. Der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugängliche Geschäftsverkehr

#### 231. Die Gleichartigkeit der Unternehmen

Die Gleichartigkeit der Unternehmen muß sich auf einige charakteristische Merkmale wie z.B. Erzeugnis, Leistung, Abnahmemengen, Absatzwege usw. beziehen.<sup>2)</sup>

Im Bereich der Energieversorgung entscheiden über die Gleichartigkeit zweier oder mehrerer Unternehmen in erster Linie die Abnahmeverhältnisse, die von der Spannung, der Strommenge und der Benutzungszeit bestimmt werden.<sup>3)</sup> Es kommt nur auf diese Anschluß- und Abnahmemerkmale an, nicht auf die Ver-

---

1) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1/2; Rasch/Westrick, § 1/10.

2) Benisch im Gemeinschaftskommentar, § 26/42.

3) Schwaiger, WuW 1968/427.

wendungsweise. <sup>1)</sup> Die Anschluß- und Abnahmeverhältnisse sind dem versorgenden EVU bekannt. Ob ein Unternehmen daneben noch eigenen Strom erzeugt oder nicht, kann für die Gleichartigkeit der Anschlußverhältnisse keine Rolle spielen. Stimmen diese Werte überein, begründet auch eine Eigenanlage keine Ungleichartigkeit im Sinne von § 26 Abs. 2 GWB.

#### 232. Der üblicherweise zugängliche Geschäftsverkehr

Der Geschäftsverkehr mit dem EVU muß den Unternehmen mit oder ohne Eigenanlage üblicherweise zugänglich sein.

Unternehmen ohne Eigenanlage sind auf die Versorgung durch die EVU angewiesen; sie stehen also immer im Geschäftsverkehr mit einem EVU. Zweifelhaft könnte das bei den Unternehmen mit Eigenanlagen sein. Doch zeigt auch hier allein schon die Tatsache der Regelung durch die §§ 5/6 der 5. DVO, daß Reserve- und Zusatzversorgung nicht außergewöhnlich sind, sondern zum "allgemein geübten und als angemessen empfundenen Geschäftsverkehr" <sup>2)</sup> gehören.

Damit sind die drei Voraussetzungen, die beiden Alternativen des § 26 Abs. 2 GWB gemeinsam sind, erfüllt. <sup>3)</sup>

#### 24. Die unbillige Behinderung oder unterschiedliche Behandlung bei einem Verhalten nach §§ 5/6 der 5. DVO zum EnWG

Beruft sich ein EVU beim Anschlußbegehren eines Unternehmens mit Eigenanlage auf die §§ 5/6 der 5. DVO, so könnte das gegen § 26 Abs. 2 GWB verstoßen. Dann müßte das Unternehmen mit Eigenanlage durch dieses Verhalten des EVU im Verhältnis zu Unternehmen ohne Eigenanlagen unbillig behindert oder unterschiedlich behandelt werden. <sup>4)</sup>

Unbillig oder sachlich nicht gerechtfertigt wäre ein solches Verhalten der EVU nur, wenn den Anforderungen der §§ 5/6 der

---

1) Benisch im Gemeinschaftskommentar, § 26/42, am Ende und WuW/E LKartB 58 (WuW 1962/853 ff.).

2) Rasch/Westrick, §§ 25, 26/16 unter Berufung auf die Entscheidung des Kartellgerichts Nr. 218.

3) Benisch im Gemeinschaftskommentar, § 26/43.

4) Zum Verhältnis der Diskriminierungstatbestände vgl. Benisch im Gemeinschaftskommentar, § 26/44 und Kober, WuW 1965/106 ff..

5. DVO k e i n e sachlichen Überlegungen zugrunde lägen, die Beschränkungen also mehr oder weniger willkürlich oder aus energiewirtschaftsfremden Überlegungen angeordnet wären. Dazu ist zwischen der Zusatz- und der Reserveversorgung zu unterscheiden.

#### 241. Diskriminierung bei der Zusatzversorgung

Zusatzversorgung ist nach § 6 Abs. 1 der 5. DVO nur dann zumutbar, wenn der gesamte Energiebedarf für Haushaltszwecke (Ziff. 1), Beleuchtungszwecke (Ziff. 2), Kraftzwecke (Ziff. 3) oder Wärmezwecke (Ziff. 4) durch das EVU gedeckt wird oder wenn die Eigenanlage nur zur Nebenverwertung von vorhandenen Energien benutzt wird (Ziff. 5 - 7). Die Ziffern 1 - 4 gehen nur von der Energieverwendung aus, die mit der Energiebereitstellung durch das EVU nicht das geringste zu tun hat. Auch die Ziffern 5 - 7 beruhen in keiner Weise auf den Besonderheiten der Energieversorgung wie mangelnder Speicherefähigkeit oder Leitungsgebundenheit. In der Leistungsbereitstellung für die EVU ergibt sich bei diesen zumutbaren Fällen der Zusatzversorgung kein Unterschied zu anderen Abnehmern, die unter gleichen Verhältnissen gleiche Mengen abnehmen. Die zumutbaren Fälle unterscheiden sich von den unzumutbaren also nicht durch ein Kriterium, das auf Besonderheiten der Energieversorgung basiert. Da hier von der Energieverwendung, nicht aber von der Leistungsbereitstellung ausgegangen wird, werden Kriterien verwandt, die außerhalb der technischen Sachzwänge liegen. Nur Besonderheiten in der Leistungsbereitstellung selbst, an denen es hier fehlt, könnten für die EVU eine Unzumutbarkeit begründen.

Wird einem Unternehmen mit Eigenanlage die Zusatzversorgung nur deshalb verweigert, weil keiner der Fälle des § 6 Abs. 1 der 5. DVO vorliegt, wird aber ein Unternehmen ohne Eigenanlage bei sonst gleichen Abnahmeverhältnissen versorgt, dann liegt eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung im Sinne von § 26 Abs. 2 GWB vor.

Gibt es kein vergleichbares Unternehmen ohne Eigenanlage mit gleichen Abnahmebedingungen, so wird das Unternehmen mit Eigenanlage in seinem Geschäftsverkehr unbillig im Sinne von

§ 26 Abs. 2 GWB behindert, denn es wird dem Unternehmen mit Eigenanlage unmöglich, seinen Produktionsapparat ohne die Zusatzversorgung voll auszunutzen.

#### 242. Diskriminierung bei der Reserveversorgung

Reserveversorgung wird nach § 5 der 5. DVO nur gewährt, wenn sie den gesamten durch die Eigenanlagen gedeckten Bedarf umfaßt und ein fester, vom Energieverbrauch unabhängiger Leistungspreis gezahlt wird. Bei der Berechnung dieses Preises ist von der gleichzeitigen Inanspruchnahme sämtlicher angeschlossener Reservebezieher auszugehen, wobei jedoch der vorhandene Ausgleich der Einzelbelastungen, der sogenannte Gleichzeitigkeitsfaktor, zugrunde zu legen ist.

Die Hauptleistung der EVU besteht hier weniger in der Lieferung von Strom als vielmehr in seiner dauernden Bereitstellung. Dabei darf nicht nur an den Unterhalt des Leistungnetzes gedacht werden, sondern es muß auch die Engpaßleistung der Erzeugungseinheiten berücksichtigt werden, die so groß sein muß, daß im Reservefall der Bedarf jederzeit gedeckt werden kann. Insoweit ist also ein Leistungsentgelt durchaus gerechtfertigt.

Zweifelhaft ist jedoch, auf welcher Berechnungsgrundlage dieser Preis ermittelt werden soll. Die gleichzeitige Inanspruchnahme aller Anlagen ist zwar möglich, besonders in Katastrophenfällen, jedoch sehr unwahrscheinlich. Würde dieser Fall Berechnungsgrundlage, so ergäbe sich für die Jahre ohne solche Katastrophen ein viel zu hohes Preisniveau, dem kein gleich hohes Kostenniveau entspräche. Auszugehen ist vielmehr von einer durch statistische Wahrscheinlichkeit erhärteten Inanspruchnahme mit einer zusätzlichen Sicherheitsreserve. Dabei wird sich zeigen, daß der Reservebedarf nicht gleichzeitig, sondern mehr oder weniger in einer Periode verteilt abgerufen wird. Denn meistens wird Reserveversorgung dann benötigt, wenn die Eigenanlage überholt oder repariert werden muß. Diese Zeitpunkte lassen sich zumindest für eine regelmäßige Überholung in etwa planen. Die EVU brauchen daher auch nicht immer die Höchstlast vorzuhalten, sondern nur einen Teil davon. Nur be-

züglich dieses Teils fallen auch bei den EVU Kosten an.

Da den EVU für ihre Kapazitätsplanungen die Höchstanforderungen der einzelnen Unternehmen bekannt sein müssen, ist es gerechtfertigt, daß in die Reserveversorgung der gesamte Bedarf einbezogen werden soll. Eine Teilversorgung mit Reservestrom ist nur dann für die EVU zumutbar, wenn durch technische oder räumliche Gegebenheiten sichergestellt ist, daß im Reservefall nicht mehr Strom abgerufen und damit das Versorgungssystem gestört werden kann.

Ist ein EVU nur bereit, ein Unternehmen mit Eigenanlage zu Bedingungen anzuschließen, die von einem gleichzeitigen Abruf aller Reserveleistungen ausgehen, so wird das Unternehmen in seinem Geschäftsverkehr unbillig behindert. Ein so hohes Preisniveau kann ein EVU nur aufgrund seiner starken Marktposition durchsetzen. Dagegen ist nichts gegen eine Regelung einzuwenden, in der von einem niedrigeren, auf der Wahrscheinlichkeit des Bedarfs beruhenden Preisniveau ausgegangen wird, die aber für übergroße Inanspruchnahme etwa in Katastrophenfällen einen Zuschlag vorsieht.

Eine unterschiedliche Behandlung von Unternehmen mit bzw. ohne Eigenanlage ist bei der Reserveversorgung gerechtfertigt, denn die Abnahmeverhältnisse sind nicht gleichartig. Bei einem Unternehmen ohne Eigenanlage steht die Stromversorgung im Vordergrund, bei einem Unternehmen mit Eigenanlage kommt es auf die Leistungsbereitstellung, nicht auf die Leistung selbst an.

Nach § 26 Abs. 1, 1. Alternative GWB könnte also eine unbillige Behinderung vorliegen, auch wenn ein EVU sich nach § 5 der 5. DVO richtet.

243. Der Schutz der Allgemeinheit als Argument gegen die Ausweitung der Reserve- und Zusatzversorgung

Gegen einen Anspruch sowohl auf Zusatz- wie auf Reserveversorgung wird eingewandt, daß die Unternehmen mit Eigenanlagen versuchten, den unwirtschaftlichen Teil ihrer Stromversorgung dem EVU und damit letztlich der Allgemeinheit aufzu-

bürden. 1)

Zwar ist es richtig, daß die Unternehmen mit Eigenanlagen einen Teil ihres Bedarfs decken wollen, den sie selbst wirtschaftlich nicht decken können, daraus folgt aber keineswegs, daß die Deckung dieses Teils auch für die EVU unwirtschaftlich sein muß. Gerade wenn die Zusatzversorgung in Schwachlastzeiten des EVU fällt oder eine Reserveversorgung im Sommertal des jährlichen Stromverbrauchs verlangt wird, weil z.B. die Eigenanlage überholt wird, kann eine solche Versorgung für die EVU ein sehr gutes Geschäft sein. So ist es durchaus denkbar, daß sich aus der Addition verschiedener von der Zusatzversorgung abgedeckter Bedarfsspitzen eine Gesamtnachfragemenge ergibt, die für diese Abnehmergruppe wirtschaftlich bereitgestellt werden kann.

Niemand verlangt, daß die EVU die Zusatz- oder Reserveversorgung zu Preisen übernehmen, die nicht mindestens die langfristigen Kosten decken. Von einer Abwälzung der "unwirtschaftlichen Bedarfsanteile" kann in diesem Zusammenhang keine Rede sein.

Würden die EVU von sich aus nur zu den Bedingungen abschließen, die in den §§ 5/6 der 5. DVO vorgesehen sind, bleibt also die Frage nach den Auswirkungen der 5. DVO auf § 26 Abs. 2 GWB unberücksichtigt, dann läge in einem solchen Verhalten eine Diskriminierung im Sinne von § 26 Abs. 2 GWB.

#### 25. Die diskriminierende Wirkung des § 11 der 5. DVO

Auch die Unternehmen ohne Eigenanlagen könnten durch ein § 11 der 5. DVO entsprechendes Verhalten im Sinne von § 26 Abs. 2 GWB behindert sein. Danach haben Sonderabnehmer keinen Anspruch darauf, zu günstigeren als den Tarifbedingungen an das öffentliche Netz angeschlossen zu werden.

Gewährt das EVU einem Sonderabnehmer günstigere Konditionen als einem anderen, bei dem die gleichen Bedingungen vorliegen, so behandelt es gleichartige Unternehmen ohne sachlich gerech-

---

1) Eiser-Riederer-Sieder I, S. 187.

fertigten Grund unterschiedlich im Sinne von § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB.

Zweifelhaft hingegen ist, ob ein EVU die 1. Alternative des § 26 Abs. 2 GWB erfüllt, wenn es sein Verhalten nach § 11 Abs. 1 der 5. DVO richtet. Dann müßte darin eine unbillige Behinderung im Geschäftsverkehr gesehen werden können.

Zur Beurteilung dieser Frage muß auf die zugrunde liegenden wirtschaftlichen Zusammenhänge zurückgegriffen werden. Die Höhe der Verteilungskosten wird entscheidend von der Abnehmerdichte bestimmt. Es ist erheblich preisgünstiger, 10 MW in einem Bereich von 1 km<sup>2</sup> zu liefern als in einem Bereich von 10 km<sup>2</sup>. Die Tarife dienen der Nivellierung der Preise, bei denen von der durchschnittlichen Länge der Anschlußleitungen pro Abnehmer ausgegangen wird. Eine präzise Berechnung für jeden einzelnen Abnehmer wäre wegen der großen Zahl unwirtschaftlich. <sup>1)</sup> Diese Tarife gelten aber nur im Niederspannungsbereich <sup>2)</sup>, dem vor allem die Haushaltsabnehmer und kleine Gewerbetreibende angehören.

Ganz anders ist die Situation bei den Sonderabnehmern. Hier wird geballt eine große Strommenge abgenommen. Ein weitverzweigtes Leitungsnetz ist überflüssig, eine Stichleitung im Mittel- oder Hochspannungsbereich reicht aus. Daß die Stromverteilung hier erheblich weniger Kosten/kW erfordert, liegt auf der Hand. Wenn § 11 der 5. DVO bei solchen Abnahmeverhältnissen auf die Kleinabnehmer im Tarifbereich Bezug nimmt, so wird damit eine falsche Bezugsebene gewählt, die den wirtschaftlichen Daten nicht gerecht wird. <sup>3)</sup>

Eine zweite Überlegung zeigt das noch deutlicher. Gäbe es den § 103 GWB nicht, so wäre ein Sonderabnehmer bei Vertragsabschluß nicht nur auf den Regionalmonopolisten angewiesen. Ist die gebrauchte Strommenge genügend groß, lohnte

---

1) Eiser-Riederer-Sieder IV, S. 1.

2) Eiser-Riederer-Sieder IV, S. 9.

3) Schwaiger, WuW 1968/429.

sich bald eine zusätzliche Leitung für ein Konkurrenz-EVU, das nicht die Tarifpreise fordert, sondern seine Preise an den entstehenden Kosten orientiert. Fordert ein EVU von einem Sonderabnehmer Tarifpreise, so kann es sich das nur seiner gesicherten Marktposition wegen erlauben. Ein dem § 11 der 5. DVO entsprechendes Verhalten wäre die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Sonderabnehmer würden dadurch unbillig im Sinne von § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB behindert.

#### 26. Das Verhältnis der 5. DVO zu § 26 Abs. 2 GWB

Da die EVU gegen § 26 Abs. 2 GWB verstoßen, wenn sie sich nach den §§ 5/6/11 der 5. DVO richten, kollidieren beide Regelungen. Es muß entschieden werden, welcher Regelung der Vorzug zu geben ist. Diese Frage ist gerade für dieses Verhältnis sehr umstritten.

R i e d e r e r <sup>1)</sup> entscheidet sich klar für den Vorrang der energiewirtschaftlichen Normen. Zwar sei das GWB das jüngere Gesetz, aber es gelte hier nicht der Satz: "lex posterior derogat legi priori". Vielmehr sei § 26 Abs. 2 GWB eine Generalklausel, die durch die §§ 5/6/11 der 5. DVO ausgefüllt werden müßte. Diese Spezialvorschriften würden daher nach dem Satz "lex posterior generalis non derogat legi speciali" fortgelten.

Nach F o n k <sup>2)</sup> und F i s c h e r h o f <sup>3)</sup> liegt nur dann eine unbillige Behinderung im Sinne von § 26 Abs. 2 GWB vor, wenn die Versorgung nach den in den §§ 5/6 der 5. DVO aufgeführten Kriterien für die EVU zumutbar ist, sie aber trotzdem die Versorgung verweigern. Die Vorschriften des GWB und der 5. DVO lassen sich demnach zwanglos miteinander vereinbaren.

---

1) In: EltW 1962/708 und Eiser-Riederer-Sieder II, S. 9 a.

2) In: EltW 1958/479.

3) In: Verwaltungsgesetze, Bd. VIII, § 6 IV EnWG, S. 364.

Vom gleichen Ansatzpunkt gehen auch Schüler-Springorum <sup>1)</sup> und Ballerstedt <sup>2)</sup> aus. Zwar gelten nach ihrer Ansicht die §§ 5/6/11 der 5. DVO als Spezialregelungen fort, aber soweit die Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 der 5. DVO (Grundsatz der Vertragsfreiheit) vorliegen und es dann zu Behinderungen kommt, greift § 26 Abs. 2 GWB durch.

Nach Rasch <sup>3)</sup>, Benisch <sup>4)</sup> und Malzer <sup>5)</sup> ist § 26 Abs. 2 GWB die entscheidende Vorschrift, die den §§ 5/6/11 der 5. DVO vorgeht. <sup>6)</sup>

Die Frage, welche der beiden Regelungen vorrangig ist, muß unter Berücksichtigung des Regel-Ausnahmeprinzips entschieden werden. Ausnahmen vom GWB sind danach zulässig, soweit es für eine Erfüllung der Versorgungspflichten zwingend erforderlich ist.

§ 26 Abs. 2 GWB versucht die Ausnutzung der Marktmacht zu verhindern und ein wettbewerbskonformes Verhalten zu fördern. Die §§ 5/6/11 der 5. DVO verdrängen diese Grundregel nur, wenn energiewirtschaftliche Besonderheiten es erfordern.

Das gerade läßt sich von diesen Regelungen nicht sagen. Die Kriterien für die Zumutbarkeit orientieren sich nicht an der für die EVU allein bedeutsamen Leistungsbereitstellung. Die Regelungen enthalten eigentlich in den §§ 5/6 der 5. DVO nur Pressionen gegen die Eigenanlagenbesitzer, um das unternehmerische Risiko für diese zu erhöhen und so die unerwünschte Konkurrenz abzuschrecken. Gerade eine Zusammenarbeit zwischen Eigenanlagen und öffentlichen Kraftwerken könnte zu einer Nivellierung der Spitzen in der Stromerzeugung führen und damit die Ausnutzung aller Anlagen wirtschaftlicher machen. <sup>7)</sup> Augen-

---

1) In: EltW 1959/210.

2) In: VEnergR 5/21/22.

3) In: Gutachten, S. 20.

4) Benisch im Gemeinschaftskommentar, § 26/58.

5) In: Beiträge zum Energierecht, S. 277.

6) Vgl. zu diesem Streit Gerigk, VEnergR 11/26.

7) Gröner, ORDO XV/XVI, S. 385.

blicklich werden die Selbstversorger entweder gezwungen, zu überhöhten Preisen Zusatz- oder Reservestrom zu beziehen oder eigene Reserveanlagen, die häufig noch teurer sind, zu bauen. Soweit eine Zusammenarbeit heute bereits praktiziert wird, dienen die §§ 5/6 der 5. DVO nur dazu, die Marktmacht der EVU bei den Vertragsverhandlungen zu verstärken.

Genauso ist es bei den Sonderabnehmern, die in aller Regel im Rahmen frei vereinbarter Vertragsbeziehungen beliefert werden. Der Hinweis auf § 11 der 5. DVO dient vor allem dazu, die Verhandlungsposition der EVU auf Kosten der Vertragspartner zu stärken.

Diesen Regelungen liegen also keine energiewirtschaftlichen Besonderheiten zugrunde, sondern sie dienen nur der Absicherung der Marktstellung.<sup>1)</sup> Damit müssen sie aber hinter die für die wettbewerbliche Situation entscheidende Norm des § 26 Abs. 2 GWB zurücktreten. Die §§ 5/6/11 der 5. DVO können also insoweit keine Anwendung finden, als sie den EVU ein Verhalten erlauben, das mit einem wettbewerbskonformen Verhalten nicht vereinbar ist. Der Wettbewerb muß auch hier Ordnungsgesichtspunkt sein, an dem sich die EVU zu orientieren haben. Eine Ausnahmeregelung ist im Bereich der Reserve- und Zusatzversorgung nicht notwendig.

Gewährt ein EVU einem Unternehmen in diskriminierender Weise keine Reserve- oder Zusatzversorgung, so können diese Unternehmen nach § 35 Abs. 1 iVm § 26 Abs. 2 GWB klagen. Daneben kann auch die Kartellbehörde gegen derartige Diskriminierungen mit Hilfe einer Bußgeldverfügung nach § 38 Abs. 1 Ziff. 8 iVm § 38 Abs. 4 GWB einschreiten.

---

1) Gröner, ORDO XV/XVI, S. 408/409.

VI. Abschließende Überlegungen zur Gestaltung der  
=====

Elektrizitätsversorgung

=====

Zusammenfassend ist noch einmal die Frage aufzugreifen, welche Ordnungsfaktoren die Elektrizitätswirtschaft überwiegend gestalten sollen. Abstrakt ließen sich die vom GWB und EnWG vorgesehenen Ordnungskräfte in ein Verhältnis von Regel und Ausnahme einfügen. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis blieb jedoch solange eine Leerformel, wie nicht anhand der zugrundeliegenden, wirtschaftlichen Gegebenheiten festgestellt werden konnte, inwieweit der Wettbewerb als Ordnungsprinzip für die Elektrizitätswirtschaft geeignet ist und inwieweit das gemeinsame Ziel der möglichst sicheren und billigen Versorgung nur mit Hilfe der Ausnahmeregelungen des EnWG erreicht werden konnte.

Diese Untersuchung führte zu dem Ergebnis, daß der Wettbewerb in drei relativ genau abgrenzbaren Fällen wegen der strukturellen Besonderheiten nicht nur positive, sondern möglicherweise auch negative Auswirkungen haben kann. Im Fall der Preis- und Konditionentbildung gegenüber Abnehmern, denen keine Ausweichmöglichkeit zur Verfügung steht, im Fall des verzögerten Ausscheidens leistungsschwacher EVU aus dem Markt und im Fall der Gefahr volkswirtschaftlich nennenswerter Fehlinvestitionen im Leitungsbereich muß eine Ausnahmeregelung als Korrektiv bereitstehen. Die Energieaufsichtsbehörde und die Preisbehörde können mit Hilfe dieser Korrektive den Ordnungsrahmen für den Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft konkretisieren und dabei den Wettbewerb, wenn notwendig, beschränken. Soweit Wettbewerbsbeschränkungen über diese Ausnahmefälle hinausgehen, werden sie von den strukturellen Besonderheiten der Elektrizitätswirtschaft nicht zwingend gefordert. Eine Intensivierung des Wettbewerbs könnte in diesem Bereich nur zur Verbesserung der Leistung führen und gleichzeitig zur Realisierung des jeweils möglichen technischen Fortschritts zwingen, also durchaus nützliche und begrüßenswerte Auswirkungen haben.

Diese Ergebnisse gelten auch für die Gaswirtschaft. Da die Gaswirtschaft immer einem stärkeren Substitutionswettbewerb ausgesetzt war, haben die Wettbewerbsbeschränkungen des § 103 GWB für sie keine so große Bedeutung erlangt. Die aus der Situation der Elektrizitätswirtschaft sich ergebenden Schlußfolgerungen gelten daher allgemein für die leitungsgebundene Energieversorgung.

Soll der Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft stärker als Ordnungsprinzip in den Vordergrund treten, so müssen drei Datenkonstellationen unterschieden werden:

- (1) Die Intensivierung des Wettbewerbs bei Weitergeltung des § 103 GWB.
- (2) Die Intensivierung des Wettbewerbs durch Wegfall des § 103 GWB.
- (3) Die Schaffung einer wettbewerbsoptimalen Struktur in der Elektrizitätswirtschaft.

a) Die Intensivierung des Wettbewerbs bei Weitergeltung des § 103 GWB

Durch § 103 Abs. 1 GWB sind gewisse Wettbewerbsformen wie unmittelbarer Anbieterwettbewerb praktisch ausgeschlossen worden. Diese erlaubten Wettbewerbsbeschränkungen sind als Datum hinzunehmen, die Intensivierung des Wettbewerbs kann sich nur auf andere Formen erstrecken.

Voraussetzung für einen verschärften Wettbewerb ist eine größere Transparenz des Energiemarktes. Die Kartellbehörde und die Fachaufsichtsbehörden müssen die ihnen zur Verfügung stehenden Informationsrechte voll ausnutzen und die Ergebnisse veröffentlichen, soweit nicht schwerwiegende Unternehmensinteressen dem entgegenstehen.

Als Folge der erhöhten Transparenz ist ein vermehrter Vergleichswettbewerb zwischen den EVU möglich, auch wenn eine unmittelbare Konfrontation fehlt. Von seiten der Abnehmer und der Kartellbehörde werden die EVU einem verstärkten Druck ausgesetzt, der sie dazu zwingt, mindestens einen durchschnittlichen Versorgungsstandard zu gewährleisten. Ansatzpunkt für

Maßnahmen der Kartellbehörde können die Abgabepreise sein. Ein Mißbrauch der Freistellung oder der marktbeherrschenden Stellung ist immer dann zu vermuten, wenn die Preise erheblich über dem Durchschnitt liegen.

Höhere Kosten dürfen nur dann höhere Preise begründen, wenn sie aufgrund der Versorgungsstruktur im Leitungsnetz oder bei der Beschaffung der Primärenergie anfallen. Ergeben sich die höheren Kosten allein im Bereich der Umwandlung der Primärenergie in Elektrizität, so spricht das für einen Mißbrauch. Das EVU könnte in diesem Fall den Strom nämlich billiger von industriellen Kraftwerken oder von anderen EVU kaufen.

Dieser Zwang auf die EVU wird verstärkt, wenn der Bestand der Versorgungsgebiete nicht in jedem Fall gewahrt werden muß. Eine mißbräuchliche Ausnutzung der Marktstellung kann insbesondere darin liegen, daß an den Grenzen des Versorgungsgebietes Preisunterschiede zum Nachbar-EVU bestehen. Unterbreitet das Nachbar-EVU einem Abnehmer ein billigeres Angebot, das z.B. durch kürzere Leitungswege ermöglicht wird, so muß das EVU in dieses niedrigere Angebot eintreten oder auf den Gebietschutz verzichten.

Eine weitere Intensivierung des Wettbewerbs im Rahmen des geltenden Rechts ist bei neugeschaffenem Bedarf möglich. Wird neuer Bedarf durch ein anderes Unternehmen befriedigt, so wird damit nicht die vorhandene Struktur des Gebiets-EVU verschlechtert. Die sich ergebenden Chancen sind nicht automatisch einem EVU zugeordnet. Um den Nachfragezuwachs könnte ein Wettbewerb entbrennen etwa zwischen zwei EVU oder auch zwischen dem Gebiets-EVU und einem Unternehmen mit einer Eigenanlage, das die Versorgung Dritter aufnehmen will. Beruft sich das in dem Gebiet versorgende EVU auf zu seinen Gunsten bestehende Konzessionsverträge, so liegt darin ein Mißbrauch der Marktstellung, wenn das EVU nicht bereit ist, dem neuen Abnehmer mindestens gleichgünstige Preise und gleichgünstige Konditionen zu bieten. Will ein EVU sich dynamisch entwickeln, so kann gerade der Wettbewerb um neugeschaffenem Bedarf ein wirksamer Zwang sein, jeweils einen bestmöglichen Versorgungsstandard einzuhalten.

b) Die Intensivierung des Wettbewerbs durch Wegfall des § 103 GWB

Die Ausnahmeregelung des § 103 GWB ist mit den Besonderheiten in der Energiewirtschaft begründet worden. Bei der Untersuchung dieser Besonderheiten stellte sich für die Elektrizitätswirtschaft heraus, daß sowohl im Erzeugungs- als auch im Leitungsbereich auf § 103 GWB verzichtet werden kann.

1. Der Erzeugungsbereich

Im Erzeugungsbereich bestehen weder technische noch finanzielle Besonderheiten. Die Investitionssummen entsprechen denen anderer Industriezweige, die Möglichkeiten der Lagerproduktion sind überall räumlich oder finanziell beschränkt. Eine so weitgehende Ausnahmegesetzvorschrift wie die des § 103 GWB ist für diesen Bereich nicht gerechtfertigt. Die ersatzlose Streichung des § 103 GWB ist daher geeignet, den Wettbewerb zwischen den einzelnen Stromerzeugern zu intensivieren.<sup>1)</sup> Die einzelnen Anbieter hätten dann nur Präferenzen durch den Standort, da Transportkosten und Übertragungsverluste proportional zur Entfernung steigen.

2. Der Verteilungsbereich

Die Leitungsgebundenheit der Stromversorgung hat zur Folge, daß sich für die überwiegende Zahl der Abnehmer ein Angebotsmonopol nicht vermeiden läßt, da doppelte Leitungsnetze zur Versorgung der Kleinabnehmer unwirtschaftlich sind. Daraus läßt sich aber nicht zwingend schließen, daß diese Monopole auch rechtlich abgesichert werden müssen. Das Argument, daß es ohne privatrechtliche, wettbewerbsbeschränkende Verträge zu volkswirtschaftlichen Fehlinvestitionen durch doppelten und dreifachen Leitungsbau kommt, ist wenig überzeugend. Einen mehrfachen Leitungsbau verbieten durchweg schon Rentabilitätsüberlegungen der EVU, die zusätzliche privatrechtliche Absicherung ist überflüssig. In Ausnahmefällen steht mit § 4 EnWG ein Korrektiv bereit.

---

1) Gröner, ORDO XV/XVI, S. 409.



Daraus ergeben sich folgende Forderungen:

(1) § 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB entfällt. Die technischen Besonderheiten, von denen § 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB ausgeht, sind im Leitungsnetz schon Sachzwang genug, um nennenswerte Fehlinvestitionen zu vermeiden. Sofern tatsächlich Ausnahmen notwendig sind, sollten diese hoheitlich angeordnet und überwacht werden, um die Interessen aller Betroffenen hinreichend zu wahren.

(2) § 103 Abs. 1 Ziff. 2 GWB entfällt. Die Unwirksamkeit der Demarkationsabsprachen würde nur wenig praktische Wirkung haben, wenn Versorgungsgebiete mit Hilfe von Konzessionsabsprachen doch nur einem EVU zugeordnet werden können. Nur wenn die Ausschließlichkeitsklauseln wegfallen, können andere EVU in diese Versorgungsgebiete eindringen. Die EVU müssen sich dann auch in ihren Gebieten fortwährend gegen potentielle Wettbewerber behaupten. Mit § 103 Abs. 1 Ziff. 2 GWB sollen nicht gleichzeitig auch die Konzessionsabgaben entfallen, obwohl dies im Interesse einer gerechten Kostenanlastung begrüßenswert wäre. Solange die Konzessionsabgaben in gleicher Höhe für alle ein Gebiet versorgenden EVU anfallen, geht von ihnen jedenfalls keine wettbewerbsverzerrende Wirkung aus.

(3) § 103 Abs. 1 Ziff. 3 GWB entfällt. Wird der Gebietschutz abgebaut, so besteht kein Anlaß für eine derartige Höchstpreisklausel mehr. Da jedes EVU mit der Konkurrenz rechnen muß und größere Abnehmer auf Eigenanlagen ausweichen können, sind die EVU hinreichend zu günstigen Preisen gezwungen. Bei den Tarifabnehmern übernimmt die Preisbehörde diese wettbewerbliche Kontrollfunktion, so daß auch für diesen Bereich eine monopolistische Preisbildung unmöglich gemacht wird.

(4) § 103 Abs. 1 Ziff. 4 GWB entfällt. Zwar hat diese Ausnahmenvorschrift ein sinnvolles und wegen der mangelnden Speicherkapazität der Energiewirtschaft naheliegendes Anliegen, aber dazu ist kein eigener Ausnahmereich notwendig. Da die Verbundnetze der Rationalisierung dienen, d.h. eine hohe Ausnutzung großer Kapazitäten erlauben, werden Verbundverträge immer unter die allgemeine Ausnahmenvorschrift des § 5 GWB

fallen. Der Wegfall auch der Ziffer 4 hat den Vorteil, daß die Energiewirtschaft dann wie jeder andere Wirtschaftszweig dem GWB vollständig unterfällt und Ausnahmen nur im Rahmen der allgemeinen Regelungen zulässig sind. Damit wird der grundsätzliche Anspruch des GWB gefestigt und die allgemeinen Ausnahmenvorschriften der §§ 2 - 8 GWB gewinnen an Bedeutung. Den verbleibenden Besonderheiten wird dann in keinem Fall durch privatrechtliche, sondern ausschließlich durch hoheitliche Wettbewerbsbeschränkungen Rechnung getragen. Hoheitliche Wettbewerbsbeschränkungen konkretisieren aber nur den vom Staat vorgegebenen Ordnungsrahmen.

Entfällt § 103 Abs. 1 GWB, so würde der Wettbewerb nicht mehr durch streng abgegrenzte Versorgungsgebiete behindert. Die Versorgungsgebiete würden einem Wandel unterworfen werden, der vor allem von der Leistungsfähigkeit der einzelnen EVU bestimmt wird. Große Kapazitäten, die viel wirtschaftlicher arbeiten, könnten durch die Ausdehnung der Versorgungsgebiete ausgelastet werden.

Der verschärfte Wettbewerb würde viele kleine EVU zwingen, ihre Geschäftspolitik zu überprüfen. Die Wettbewerbsfähigkeit würde häufig nur durch Kooperationen und verbesserte Verbundnetze erhalten.<sup>1)</sup>

All das dient aber nur einer verbesserten Versorgung. Auch wenn einzelne EVU aus dem Markt ausscheiden müßten, wäre das nicht bedenklich, da diese weniger leistungsfähigen Unternehmen nur unter dem Schutz der Wettbewerbsbeschränkungen haben existieren können. Für die im öffentlichen Interesse notwendige, reibungslose Abwicklung der Versorgung steht mit § 8 EnWG eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage bereit.

Da die Absätze 2 - 4 des § 103 GWB auf § 103 Abs. 1 GWB Bezug nehmen oder mit ihm in einem engen Zusammenhang stehen, können sie zusammen mit § 103 Abs. 1 GWB entfallen. Die auf § 103 GWB Bezug nehmende Mißbrauchsaufsicht des § 104 GWB wird dann für die Energiewirtschaft bedeutungslos. Einen Teil der Aufgaben des § 104 GWB wird der verschärfte Wettbewerb übernehmen; für die verbleibenden Mißbräuche steht mit § 22

---

1) Vgl. K.H. Schneider, Weiterentwicklung, S. 20/21.

GWB eine andere Ermächtigungsgrundlage für kartellbehördliche Maßnahmen zur Verfügung.

c) Die Schaffung einer wettbewerbsoptimalen Struktur in der Elektrizitätswirtschaft

Ohne Rücksicht auf die bestehenden Besitzverhältnisse und die Realisierbarkeit soll abschließend versucht werden, eine wettbewerbsoptimale Struktur der Elektrizitätswirtschaft modellartig darzustellen. Stromerzeugung und Leitungsnetz sind voneinander zu trennen. <sup>1)</sup>

1. Der Erzeugungsbereich

Auf der Erzeugungsebene konkurrieren die Anbieter von Strom miteinander. Verschiedene EVU bieten Strom zu Wettbewerbspreisen an. Die billigsten Anbieter werden zur Deckung der Grundlast eingesetzt, die teureren sukzessive zur Deckung des Spitzenbedarfs. Da Strom ein homogenes Gut ist, wird der Markt eines Erzeugungsunternehmens nur durch die Transportkosten sowie die Übertragungsverluste begrenzt.

2. Der Verteilungsbereich

Im Verteilungsbereich bestehen Versorgungsunternehmen, die das Leitungsnetz betreiben und durchweg Alleinanbieter sind. Der Bau einer neuen Leitung würde das Angebot eines Außenseiters so verteuern, daß ein Eindringen von Konkurrenten in dieses Versorgungsgebiet nicht ernsthaft zu befürchten ist. Eine rechtliche Absicherung der Versorgungsgebiete ist aber nicht erlaubt, um durch die potentielle Konkurrenz das Versorgungsunternehmen zu einem hohen Leistungsniveau anzuhalten.

Im Verhältnis Weiterverteiler - Letztabnehmer trifft das Versorgungsunternehmen aufgrund seiner fast ungefährdeten Monopolstellung ein Anschluß- und Versorgungszwang.

Die Verteilungsunternehmen fragen nun auf dem Strommarkt die von ihnen benötigten Strommengen nach. Steht einem Ver-

---

1) Gröner, ORDO XV/XVI, S. 409.

teilungsunternehmen nur ein Erzeuger gegenüber, so liegt ein bilaterales Monopol vor. Die Preisbildung hängt hier vor allem von der wirtschaftlichen Macht der einzelnen Marktpartner ab. Gibt es mehrere Anbieter, so herrscht zwischen diesen ein oligopolistischer Wettbewerb mit einer hohen Nachfragebeweglichkeit, die die Anbieter zu Höchstleistungen zwingt. <sup>1)</sup>

Aber auch die wirtschaftliche Macht der weiterverteilenden Nachfrager ist begrenzt. Da sie eine Versorgungspflicht trifft, müssen sie jeweils genügend Strom bereithalten, um der Endnachfrage gerecht zu werden. Damit sind sie gezwungen, notfalls auch den Stromerzeugern Preiszugeständnisse zu machen, vor allem wenn diese auch auf andere Abnehmer ausweichen können. Denn es fragen nicht nur Weiterverteiler, sondern auch industrielle Großabnehmer Strom unmittelbar beim Erzeuger nach.

### 3. Die Gestaltung des Fortleitungsbereichs

Der Markt ist aber nur sehr klein, wenn die Stromerzeuger nur unmittelbar in das Netz des Weiterverteilers einspeisen können. Voraussetzung für einen weiträumigen, funktionsfähigen Wettbewerb auf der Erzeugungsebene ist daher ein gut ausgebautes Fortleitungs- und Verbundnetz. Der Bau derartiger Verbundnetze ist aber sehr teuer, da mit Spannungen von

110 kV

und mehr gearbeitet wird. Der Bau mehrerer Leitungen, die möglicherweise alle nicht voll ausgelastet sind, kommt aus Wirtschaftlichkeitserwägungen nicht in Betracht. In diesem Bereich könnten sich tatsächlich volkswirtschaftlich nennenswerte Fehlinvestitionen einstellen.

Als Alternative kann an ein rechtlich selbständiges Unternehmen gedacht werden, das das Verbundnetz betreibt. Dieses Unternehmen darf jedoch nicht gleichzeitig auch Stromzwischenhändler sein, weil damit der direkte Markt zwischen Erzeugern und Weiterverteilern erheblich eingeengt wird. <sup>2)</sup> Anderenfalls

---

1) Resch, Preisbildung, S. 150.

2) Vgl. Gröner, ORDO XV/XVI, S. 411.

würde der Zwischenhändler letztlich über ein Angebotsteilmonopol vor allem für Spitzenstrom verfügen. Aber selbst wenn dieses Unternehmen nur die Transportleitungen zur Verfügung stellt, bleibt noch genügend Raum zu Mißbräuchen. Eine staatliche Kontrolle muß darüber wachen, daß dieses Unternehmen seine Monopolstellung bezüglich der Verbundleitungen nicht zu Lasten der Stromanbieter und Stromnachfrager ausnutzt.

Ein Mißbrauch kann jedoch durch eine besondere Struktur dieses Unternehmens von vornherein ausgeschlossen werden. Das Unternehmen muß von den Erzeugern und den Nachfragern getragen werden. Beide Gruppen sind gleichermaßen daran interessiert, die Fortleitungskosten so niedrig wie möglich zu halten. Für die Erzeuger erweitert sich dadurch der Markt; sie sind nicht auf nahegelegene Nachfrager angewiesen. Auch die Nachfrager werden versuchen, durch niedrige Fortleitungskosten die Zahl der konkurrierenden Anbieter zu vergrößern. Da es sowohl für Anbieter als auch für Nachfrager vorteilhaft wäre, die Zahl der Teilnehmer auf der eigenen Marktseite zu beschränken, um dadurch in eine Verkäufer- bzw. Käufermarktsituation zu kommen, muß die Gesellschaft für Zutritte von beiden Seiten jederzeit offenstehen, um das Übergewicht einer Gruppe zu vermeiden. Da dieses Unternehmen den Geschäftsbetrieb sowohl der Erzeuger- als auch der Nachfragerseite fördert, braucht es selbst keine Gewinnerzielungsabsicht zu haben. Die Preise werden nach den durch die Inanspruchnahme der Leitungen verursachten Kosten berechnet. Dabei müssen die Preise allerdings auch den weiteren Ausbau des Verbundnetzes ermöglichen. Reichen die vorhandenen Kapazitäten der Leitungen nicht aus, so ist auch ein Knappheitspreis denkbar, der erheblich über den reinen Fortleitungskosten liegen könnte. Die Gewinne müssen dann allerdings zur beschleunigten Beseitigung dieses Engpasses eingesetzt werden.

Eine solche Gesellschaft kann ähnlich wie eine Genossenschaft organisiert sein, die auch die Förderung der Mitglieder zum Ziele hat und keine geschlossene Mitgliederzahl kennt, § 1 GenG. Unternehmen, die Leistungen des Verbundunternehmens beanspruchen, müssen auch Mitglieder dieser Gesellschaft sein.

Über ihre Mitgliedsrechte können sie dann ihre Interessen wahren.

Durch den Ausbau eines solchen Verbundsystems entsteht zwischen den Erzeugern und den Nachfragern ein Markt, auf dem sich der Preis durch Angebot und Nachfrage bildet. Das Fortleitungsnetz braucht dabei durchaus nicht nur in eine Richtung ausgelastet zu werden. Es ist denkbar, daß in Spitzenzeiten der Strom aus den Alpen in die Verbrauchszentren fließt, während in Schwachlastzeiten der Strom aus den in den Verbrauchszentren installierten Kraftwerken in die Alpen fließt, um dort das Wasser in die Speicherbecken zu pumpen. Ähnliches vollzieht sich bereits heute, nur daß der Zugang zu diesem Markt nicht allen offensteht. Können aber alle Erzeuger, Großverbraucher und Weiterverteiler auf diesem Markt agieren, so führt das zu einer optimalen Ausnutzung der Anlagen und zu einem stetigen Zwang zur Kostensenkung, um wettbewerbsfähig zu sein.

## Lebenslauf

Am 1.4.1943 wurde ich als Sohn des Bauunternehmers Caspar Plasmann und seiner Ehefrau Fine, geb. Luce, in Berlin geboren.

Ab Ostern 1949 besuchte ich in Gronau, der Heimatstadt meines Vaters, die katholische Volksschule, ab Ostern 1953 das mathematisch-naturwissenschaftliche Werner-von-Siemens-Gymnasium, wo ich am 9.2.1962 die Reifeprüfung ablegte.

Seit dem Sommer-Semester 1962 studierte ich in Köln, Innsbruck und wiederum Köln Rechtswissenschaft, seit dem Sommer-Semester 1964 in Münster zusätzlich Betriebswirtschaftslehre. Am 16.7.1966 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm das 1. juristische Staatsexamen.

Seit dem 1.9.1966 bin ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Rechtswissenschaftlichen Seminar der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster beschäftigt. Zwischenzeitlich erhielt ich ein Stipendium der Stiftung Volkswagenwerk.

Am 17.10.1969 legte ich die Diplomprüfung für Kaufleute an der Universität Münster ab.

Seit dem 3.11.1969 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst.

Am 23.11.1967 heiratete ich Dipl.-Kfm. Marianne Plasmann, geb. Müller, aus Köln.

